

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA SCHUHLI BOURGES

SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS: ACESSO E REMUNERAÇÃO

CURITIBA

2007

FERNANDA SCHUHLI BOURGES

SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS: ACESSO E REMUNERAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito do Estado, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Co-orientadora: Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello

CURITIBA

2007

FERNANDA SCHUHLI BOURGES

SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS: ACESSO E REMUNERAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito do Estado, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Universidade Federal do Paraná

Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, _____ de maio de 2007.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais.

À Alex Schaeffer Salvador, companheiro de todas as horas.

Ao meu irmão.

Aos familiares, amigos, professores e colegas de trabalho, pelo apoio, incentivo e carinho.

Aos eternos orientadores e exemplos: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, Prof^a Dra. Angela Cassia Costaldello e Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, seus funcionários e bibliotecárias.

RESUMO

A presente dissertação refere-se ao acesso e à remuneração do serviço público concedido. No Capítulo 1 é abordado o tema do serviço público, suas noções, critérios, adaptações e peculiaridades no Direito brasileiro, com enfoque à prestação por particulares. O Capítulo 2 diz respeito às concessões de serviços públicos, sua utilização, características e visualização do instituto sob o princípio da associação. No Capítulo 3 avança-se em direção à reflexão sobre a problemática objeto do trabalho; é apresentada a dificuldade de universalização dos serviços públicos, especialmente diante dos efeitos da utilização da concessão. Ainda, justifica-se e fundamenta-se a necessidade de efetivação do acesso ao serviço público com a correlação deste aos direitos fundamentais, à dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial e aos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. No Capítulo 4 alcança-se o aspecto primordial do trabalho, que é o de estudar o acesso sob a perspectiva da remuneração do concessionário. Com esse intuito, são traçadas algumas características da remuneração, apontados mecanismos e práticas atrelados à modicidade tarifária e apresentados possíveis modelos remuneratórios tendentes a propiciar a universalização do acesso aos serviços públicos concedidos.

Palavras-chave: serviço público, concessão de serviço público, acesso, universalização, dignidade da pessoa humana, remuneração, tarifas, modicidade, subsídio.

ABSTRACT

The present dissertation refers to the conceded public services' access and remuneration. In Chapter 1 it is treated of public services' theme, its notions, criteria, adjustments and brazilian law peculiarities focusing private initiative supplying. Chapter 2 is about public service concession, its use, features and the institute understanding based on association principle. Chapter 3 conducts to a reflection about the problematic involved with the study's aim; the public service universalization's difficulty is presented, specially in face of concession effects. Besides, it is justified and structured the necessity of public service's access promotion considering its relation with the fundamental rights, human dignity, minimum existential and the brazilian federative republic's fundamental principles and objectives. In Chapter 4 it is reached the dissertation essential point, that is to study the access taking account the concessionaire remuneration. With this in mind, some remuneration features are focused, mechanisms and practices connected to reasonable fares are pointed and, at last, are presented possible remuneration models capable of propitiate the conceded public service access universalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 SERVIÇO PÚBLICO	11
1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PRESTACIONAL	11
1.2 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO SERVIÇO PÚBLICO	17
1.3 NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	24
1.4 CRITÉRIOS ORIENTADORES DAS NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO: “CRISES”, ADAPTAÇÕES E ATUALIDADE	30
1.4.1 ALGUMAS TRANSFORMAÇÕES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPÉIA.....	44
1.4.2 ADAPTAÇÃO DOS CRITÉRIOS TRADICIONAIS E O SERVIÇO PÚBLICO “À BRASILEIRA”	50
2 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	68
2.1 O “IR E VIR” DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	68
2.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO JURÍDICO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	74
2.3 DIVERSAS POSIÇÕES JURÍDICAS NA RELAÇÃO DE CONCESSÃO E INTERESSES ANTAGÔNICOS SOB O PRINCÍPIO DA ASSOCIAÇÃO	83
3 A PROBLEMÁTICA DO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS ENQUANTO UNIVERSALIZAÇÃO AINDA NÃO LOGRADA: ASPECTOS JURÍDICO-SÓCIO-ECONÔMICOS	91
3.1 DIAGNÓSTICO DOS POSSÍVEIS ÓBICES À UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO.....	98
3.2 DIMENSÃO DO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	108
3.3 UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	125
4 REMUNERAÇÃO NAS CONCESSÕES: CORRELAÇÃO AO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS	147
4.1 ASPECTOS DA TARIFICAÇÃO	147
4.2 A RELATIVIDADE DA CARACTERÍSTICA “POR CONTA E RISCO” E SUA REPERCUSSÃO NAS TARIFAS	159

4.3 TUTELA À EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA	164
4.4 REFLEXÕES ACERCA DOS MODELOS DE REMUNERAÇÃO: TARIFAS MÓDICAS E A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS	168
4.4.1 Modicidade tarifária para a universalização	172
4.4.2 Acesso ao serviço público concedido custo mínimo ou isento para o usuário	186
CONCLUSÕES	210
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	216

INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta visa propiciar reflexões sobre o acesso e a remuneração dos serviços públicos concedidos.

Em relação ao tema “serviço público”, que é polêmico e sujeito a diversos e distintos enfoques, serão traçados alguns aspectos e considerações gerais no intuito de se visualizar o panorama em vistas à prestação por particulares e à problemática do acesso ao serviço.

O serviço público é diretamente relacionado à concepção de Estado, em especial, às atividades que lhe são atribuídas e à intensidade de sua intervenção na economia. O Estado moderno tem como referência o bem-estar de seus cidadãos, em maior ou menor medida. O serviço público é um dos instrumentos para a promoção do bem-estar, especialmente no Estado social, cuja dimensão é relacionada ao grau de intervenção estatal e à extensão e efetividade dos direitos sociais. O capítulo “Da Ordem Econômica” na Constituição da República limitou a intervenção estatal na economia a fim de salvaguardar a propriedade privada e a livre iniciativa.

O tema “serviço público”, desde seu surgimento, no século XIX, dificilmente foi objeto de consenso. Diversos são os entendimentos e as considerações, bem como os pressupostos de estudo e enfoque são muito distintos, especialmente em tempo e espaço variados.

A noção de serviço público no Brasil foi agraciada com inúmeras contribuições doutrinárias, influenciadas pelo direito francês, e é delineada pela Constituição da República. No entanto, não se pode afirmar uma noção estanque aos influxos de tempo e espaço, especialmente porque o serviço público é diretamente relacionado aos fins eleitos ao Estado pela sociedade, às necessidades e anseios dos indivíduos e às transformações sociais, políticas, econômicas, científicas e tecnológicas.

Tendo em vista o serviço público ser atrelado a diversos fatores, necessariamente mutáveis, não é raro afirmar que a sua noção está em crise¹.

¹ Ressalta-se que a crise da noção de serviço público, assim como a maioria dos aspectos que envolvem este instituto, não é adotada de forma pacífica pela doutrina. Dentre os autores adeptos da

Contudo, o instituto, no direito brasileiro, recebeu da Constituição da República delíenamento próprio.

Sem dúvida, em inúmeros setores, diante da crescente demanda por recursos pelo Estado para realizar investimentos e manter os serviços públicos e da ineficiência e caos em que estes se encontravam ou que brevemente encontrar-se-iam, tornou-se elementar a participação do capital privado.

A concessão de serviços públicos, em termos simples, pode ser um instrumento apto a satisfazer as necessidades essenciais das pessoas, a realizar os direitos fundamentais e a concretizar a dignidade da pessoa humana. Na concessão deve-se ter em vista, primordialmente, a função do serviço público. Ao decidir-se por privatizar a prestação deste serviço, não pode ser afastada a relação serviço público - dignidade da pessoa humana; pelo contrário, essa relação deve ser protegida e associada aos demais interesses envolvidos.

Observa-se, cotidianamente, que inúmeras pessoas são excluídas, não têm acesso aos serviços públicos concedidos², não que anteriormente às delegações à iniciativa privada, em algumas situações, também não o fossem. O déficit de acesso aos serviços públicos e, portanto, de universalização, não é um diagnóstico atual, contudo, com o passar do tempo, vem crescendo em razão do aumento populacional e das necessidades e da contraposta escassez de recursos para fazer frente às demandas. Ocorre que, quando o serviço é concedido, advém a necessidade de remunerar o concessionário e onerar o usuário com o pagamento das tarifas, assim, os interesses envolvidos, muitas vezes divergentes, aumentam. A tarifa tem, simultaneamente, a característica de atrair o investidor privado e o efeito de excluir o acesso de alguns indivíduos aos serviços.

Não se está a defender a não utilização das concessões nem o recurso ao instituto de modo aleatório, mas a refletir sobre os efeitos por ela gerados no tocante à já existente exclusão de acesso aos serviços públicos e a sua relação com o sistema remuneratório.

O estudo, partindo das noções de Administração voltada ao indivíduo, de serviço público enquanto satisfação de necessidades essenciais dos indivíduos e,

crise e que a relacionam com a “superação da noção de serviço público” podem ser citados Gaspar Ariño Ortiz e Carlos Ari Sundfeld.

² Importante esclarecer que se está tratando do assunto de forma geral, mas sem generalizá-lo, ou seja, a exclusão deve ser analisada diante do caso concreto. Não se está a argumentar que em todos os serviços públicos concedidos há exclusão. Cada serviço tem suas peculiaridades que também variam de acordo com a região em que é prestado.

portanto, como instrumento de realização de direitos fundamentais e de promoção da dignidade da pessoa humana, além de uma “nova” percepção sobre a concessão de serviços públicos, propõe evidenciar a necessidade de conjugação de esforços e esboçar diversos aspectos tarifários, observando-se os interesses e direitos do concedente, concessionário e usuários. Tal proposição visa à tentativa de universalização do acesso aos serviços públicos concedidos de modo que o instituto da concessão viabilize maior desenvolvimento.

Em vista ao objetivo proposto, inicia-se com o estudo do serviço público, sua origem, critérios identificadores, transformações e novas tendências. Segue-se com alguns apontamentos sobre o instituto da concessão. Após essas abordagens, são expostos os eventuais interesses contrapostos envolvidos na concessão de serviços públicos. Também são investigadas algumas causas do não acesso, são lançados motivos pelos quais, diante da realidade brasileira, é necessário efetivar o acesso, bem como traçada a relação da universalização com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Por fim, são analisados alguns aspectos da remuneração do concessionário e sua relação com o acesso, bem como identificadas características e medidas tarifárias no tocante à tentativa de universalizar o acesso ao serviço público concedido.

1 SERVIÇO PÚBLICO

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PRESTACIONAL

Persiste, ainda, de certo modo, a tradicional tendência de associar o direito administrativo ao favorecimento do Poder, principalmente, porque é considerado um direito exorbitante do direito comum.³

Além disso, na França, com o surgimento do direito administrativo, tentou-se delimitar a sua aplicação às situações identificadas pelo critério da *puissance publique*, ou seja, pelo poder de autoridade.

Em que pese a inapropriada associação ao Poder, deduz-se a partir do ordenamento jurídico um regime jurídico próprio para o cumprimento de deveres do Estado e, para tal finalidade, composto por certas prerrogativas em regra não conferidas aos particulares, ao que se denomina “regime jurídico administrativo”. Na acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, o direito administrativo não é um direito dos “poderes”, ao contrário, ele estabelece limitações aos poderes do Estado, em verdade, os deveres da Administração em face dos administrados.⁴

É exemplar o posicionamento de Léon Duguit, no início do século XX, no combate à associação do direito administrativo à idéia de poder ao substituí-lo pelo serviço público.

Duguit, mediante a defesa do serviço público e o combate ao poder, enfatizou que a Administração estaria a serviço dos administrados, ou seja, o autor estabeleceu o paradigma da administração prestacional ao asseverar que a existência estatal estaria condicionada à prestação de serviços públicos para satisfazer as necessidades sociais.⁵

³ Em que pese o direito ser um todo e cada vez mais essa sua característica tem sido possível constatar.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.

⁵ Conforme se extrai de DUGUIT, Léon. *Les Transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 51-52. De acordo com Duguit, os governantes são os gerentes dos negócios da coletividade, “dos serviços públicos”. *Id.*, p. 54-55.

Para Duguit e alguns de seus seguidores, na Escola de Serviço Público, o Direito Administrativo estava voltado à idéia de serviço público⁶ e esse foi o critério determinante para a aplicação do referido direito. A justificativa de tal posicionamento deve-se à concepção da indispensabilidade da prestação estatal de serviços públicos ante a sua relação com a coexistência social dos indivíduos. O Estado é entendido como um conjunto de serviços públicos.⁷

O Estado, em Duguit, existe para realizar o serviço público, esse é o limite e o fundamento da sua atuação, pois é o modo pelo qual se realiza a solidariedade social. Para a efetividade do serviço público, separam-se os poderes do Estado de modo que permite compreender a estruturação das funções estatais: a legislativa cria os serviços públicos, a executiva os realiza e a jurisdicional verifica a sua realização.⁸

Na doutrina do publicista francês resta, evidente, a idéia de a Administração servir à coletividade, sendo que a autoridade só se justifica na medida do necessário ao atendimento das necessidades.

Do mesmo modo, no direito público atual, Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que o poder só tem lugar “como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal”.⁹ Jorge Luis Salomoni também afirma que o Estado hoje, “*debe ser un Estado que ponga toda sua organización administrativa para lograr el principio de la realización de la dignidad humana, y de los derechos de los particulares. Por lo tanto, la Administración es instrumental al sistema de derechos.*”¹⁰

O direito administrativo surge justamente com o Estado de Direito, em contraposição ao Absolutismo, com o intuito de submeter o Estado, o Poder, ao Direito e disciplinar os direitos dos administrados.¹¹ Destarte, o direito administrativo é identificado como “o *Direito defensivo do cidadão*”, que compõe os interesses

⁶ DUGUIT, Léon. *Id.*, p. 65-66. DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 12.ed. Paris: Fontemoing, 1911, p. 29-30, 40.

⁷ Conforme se extrai de DUGUIT, Léon. *Id.*, p. 51-52.

⁸ É o que relata Mônica Spezia Justen em referência ao próprio Duguit e a Mescheriakoff. JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 37.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

¹⁰ SALOMONI, Jorge L.; BACELLAR FILHO, Romeu F.; SESIN, Domingo J. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 30.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 45-46.

individuais como os interesses do todo, para a implementação dos projetos de toda a comunidade. O direito administrativo é, sobretudo, “*um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.*”¹²

Com o passar do tempo, percebeu-se que além do poder político, o econômico também deveria ser limitado, incorporando-se o componente Social ao Estado de Direito, cujo exemplo foi a Constituição Mexicana de 1917¹³ e a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, a Constituição da República de 1988 representa este ideário social.¹⁴

Desse modo, o direito administrativo é o direito voltado ao cidadão e, no intuito de proteger e promover os direitos dos indivíduos, estabelece deveres, prerrogativas e limites à Administração.

Verifica-se que a Administração tem como fim o interesse público que pode ser compreendido como a realização de atividades de satisfação de necessidades indispensáveis à sociedade e cada um dos seus partícipes, às quais, a iniciativa privada não tem condições de satisfazer, justamente porque ela tem em vista alguma vantagem própria, enquanto a ação administrativa é desinteressada.¹⁵

Na acepção de Jean Rivero, a Administração traduz uma “atividade por meio da qual as autoridades públicas provêm à satisfação das necessidades do interesse público, servindo-se, se for caso disso, das prerrogativas do poder público.”¹⁶ Depreende-se, portanto, que à Administração é conferida a função¹⁷ de zelar e realizar os interesses públicos.

Importante esclarecer, ainda que de modo sintético, que o interesse público perseguido pela Administração não representa a somatória dos interesses individuais, nem possui existência autônoma em relação a estes embora seja definido como “*função qualificada dos interesses das partes*, um aspecto, uma

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 46. (em itálico no original).

¹³ Ressalta-se que a Constituição Mexicana teve como antecedente direto a Constituição francesa de 1848, que representou o florescimento do constitucionalismo social no século XIX, conforme leciona Câmem Lúcia Antunes Rocha. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 29.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 49.

¹⁵ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 14-15.

¹⁶ RIVERO, Jean. *Id.*, p. 18.

¹⁷ Função pública pode ser entendida, sinteticamente, como “a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 29.

forma específica, de sua manifestação.”¹⁸ O interesse público, do todo, é “a *dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade*”.¹⁹ E, como consequência da indisponibilidade do interesse público, dentre outros, ressalta-se o princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública que representa o “dever” da Administração Pública diante da lei e tem como derivado o princípio da continuidade dos serviços públicos.²⁰

Jean Rivero esclarece que o interesse geral não é o interesse da comunidade como algo diverso daqueles que a compõem. Ele é um conjunto de necessidades humanas condicionantes dos destinos individuais, que variam com as épocas, as formas sociais, os dados psicológicos e as técnicas. Não obstante a variação do conteúdo, ressalta o autor que o fim permanece: a ação administrativa em vistas à satisfação do interesse geral.²¹

Existe o interesse pessoal dos indivíduos, singularmente considerados e o interesse pessoal enquanto partícipes de uma sociedade. Assim, o interesse público é constituído por uma faceta dos interesses dos indivíduos quando estes figuram como membros da sociedade.

Infere-se que o interesse público é “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.”²² Desse modo, o interesse público não é o interesse do Estado.²³

Tendo em vista a missão de satisfação dos interesses públicos própria da Administração Pública, atribui-se-lhe uma posição diferenciada dos particulares e algumas prerrogativas para a realização do seu objetivo. “Pela expressão, bastante mal escolhida, mas tradicional, de *poder público*, deve entender-se esse conjunto de prerrogativas concedidas à Administração para lhe permitir fazer prevalecer o interesse geral.”²⁴

A prestação dos serviços públicos representa um dos modos pelos quais a Administração implementa a sua função de zelar e assegurar os interesses públicos.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 56-57.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 57.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 71 e 77.

²¹ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 15.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 58.

²³ Tendo-se em vista a doutrina de Renato Alessi sobre interesses primários e secundários.

²⁴ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 15.

Para Duguit e Jèze o direito administrativo apresentava como unidade a noção de serviço público e, conseqüentemente, a atividade pública destinava-se à satisfação do interesse geral – dos serviços públicos. Essa correlação era perfeita para a sistemática liberal e persistiu até a década de 50.

Com o declínio do liberalismo econômico, no século XIX, aumentaram as tarefas públicas uma vez que o interesse geral também aumentou quantitativa e qualitativamente. No entanto, a finalidade da atividade administrativa, de satisfação do interesse geral, permaneceu a mesma.

De início, o interesse geral englobava defesa nacional, atividade internacional, manutenção da ordem, criação de condições para a economia, finanças e a Justiça e, nos regimes autoritários, a Universidade e os cultos, isso compreende o “*Etat-gendarme*”, de uma França rural dominada pelo liberalismo econômico.²⁵ Com as revoluções técnicas e científicas dos séculos XIX e XX, surgiram novos meios, os quais, por inviabilidade concorrencial ou de rentabilidade, não foram assegurados pela iniciativa privada, alargando-se, por consequência, a abrangência do interesse geral e a atuação estatal em vistas ao atendimento daquele. A urbanização e as necessidades do proletariado industrial demandaram uma ordem administrativa social de serviços.

A atuação do Estado, desse modo, tornou-se marcada pelo alargamento das tarefas tradicionais – defesa nacional, transportes – e pelo surgimento de tarefas novas compreendidas pelos serviços econômicos e sociais. A própria atividade administrativa modifica-se, pois deixa de limitar-se a gerir o presente e assume uma função prospectiva de planejamento e desenvolvimento.²⁶

Contudo, a partir do último quarto do século XX, observa-se mundialmente a tendência em reduzir as atividades da Administração, ao menos a sua atuação direta. No Brasil, o movimento de redução do espaço de atuação estatal pôde ser visto, inicialmente, com o Decreto-Lei 200/67 e, de modo mais enfático, com as leis de desestatização e, por sua vez, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998. Não obstante, mesmo com a Reforma Administrativa, tem-se que a atividade administrativa é voltada ao indivíduo e não apenas diz respeito à sua proteção, mas também à promoção, muitas vezes material, dos seus direitos e satisfação de suas necessidades, ainda que por intermédio de terceiros, quando compatível.

²⁵ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 30-31.

²⁶ RIVERO, Jean. *Id.*, p. 32.

Jaime Rodríguez-Arana, a partir da Constituição Espanhola de 1978 e tendo em vista o artigo 103²⁷ desta, verifica a mudança do papel do interesse geral unilateral da Administração por adotar-se um pensamento aberto, plural e dinâmico a permitir a adequação das instituições à realidade. Assim, o Direito Administrativo compatibiliza-se com os elementos do Estado Social e Democrático de Direito, no sentido de promover os direitos fundamentais dos indivíduos. O autor observa o surgimento de um Direito Administrativo mais democrático, a serviço do interesse geral e não compatível com privilégios e prerrogativas não condizentes com uma Administração ciente de seu papel institucional no sistema democrático.²⁸ As potestades administrativas surgiram em períodos históricos distintos e não devem funcionar do mesmo modo, pois, atualmente, o cidadão ocupa uma posição central de modo que à Administração cabe promover os seus direitos fundamentais.

Para Rodríguez-Arana o que define o Direito Administrativo é o que se entende por interesse geral. Como considera o Estado, no presente, como social e dinâmico, verifica que o interesse geral é compreendido a partir do pensamento aberto, plural, e compatível. Ainda, que a Administração não é a dona do interesse geral, dos procedimentos e das instituições públicas.²⁹ Para o autor, as novas tendências revelam que a Administração deixou de ser a protagonista e o enfoque de seus privilégios e prerrogativas foi direcionado para a garantia dos direitos dos cidadãos. As prerrogativas não chegaram a ser extintas; só se justificam para garantir estes direitos.³⁰

O fim precípua da Administração Pública e do Estado é o cidadão, é o usuário de serviços públicos, caso contrário, na acepção de Paulo Motta, de nada serve a existência das estruturas jurídico-orgânica da Administração e constitucional do Estado.³¹

O surgimento de um novo Direito Administrativo, fundado em novos postulados e coordenadas, bem como a adequação a uma nova realidade, fez com

²⁷ O parágrafo primeiro do artigo dispõe: "La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho." RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. La Vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo Privado y lo Público). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, p. 11-39, abr/jun., 2005, p. 17-18.

²⁸ Conferir a respeito em: La Vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo Privado y lo Público). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, p. 11-39, abr/jun., 2005.

²⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Id.*, p. 15, 18.

³⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Id.*, p. 25-27.

³¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações*. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2003, p. 29.

que a característica clássica do serviço público – titularidade pública e exclusiva – abrisse espaço a um novo conceito, com outros aspectos, e enfatiza Arana: “sem enterrar nada” e sem representar o triunfo do privado sobre o público porque o debate não diz respeito a isso e nem mesmo o Direito Administrativo teria perdido a sua razão de ser.³² Para o publicista espanhol, as reformas administrativas devem permitir que a percepção da cidadania e da realidade iluminem o seguimento do interesse geral pela Administração pública, entendido como a efetividade do exercício dos direitos fundamentais por todos, em especial os dos menos favorecidos.³³ O sentido constitucional do Direito Administrativo, segundo Rodríguez-Arana, é a garantia dos direitos e liberdades³⁴. A garantia tem como virtude situar no mesmo plano “poder” e “liberdade”, bem como “liberdade” e “solidariedade”.³⁵ Desse modo, entende-se que a atuação administrativa deve se comprometer com a efetividade dos direitos fundamentais.³⁶

Valendo-se das considerações do autor espanhol, o estudo ora proposto é permeado pela premissa de um Direito Administrativo voltado ao cidadão – ao indivíduo -, adaptado e permeado pela realidade, pressuposto este aplicável sobremaneira aos institutos do serviço público e das concessões deste à iniciativa privada.

1.2 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO SERVIÇO PÚBLICO

Em França, o serviço público teve desenvolvimento jurídico, durante o final do século XIX e início do século XX,³⁷ de modo mais expressivo.

³² RODRÍGUEZ- ARANA, Jaime. *Op. cit.*, p.17.

³³ RODRÍGUEZ- ARANA, Jaime. *Op. cit.*, p. 21. A partir do artigo 10.1 da Constituição espanhola, Arana afirma que se compreende o interesse geral pela dignidade da pessoa, pelo livre desenvolvimento da personalidade e direitos fundamentais. *Id.*, p. 35.

³⁴ Jaime Rodríguez-Arana assevera que os direitos fundamentais informam um novo direito administrativo que demanda a releitura das instituições retirando-lhes o caráter de privilégio e prerrogativa. *Id.*, p. 32.

³⁵ RODRÍGUEZ- ARANA, Jaime. *Id.*, p. 29.

³⁶ RODRÍGUEZ- ARANA, Jaime. *Id.*, p. 31-32.

³⁷ Nos séculos XV e XVI podem ser identificadas outras noções esparsas e remotas, relacionadas à Grécia antiga e aos Estados Monárquicos, séculos XV e XVI, época na qual se relacionava os serviços prestados com a pessoa pública do Rei e assim denominavam-se “serviços públicos”. Enquanto que no século XVIII o serviço público adveio do assistencialismo do Estado de Polícia, Conforme ressalta Mônica Spezia Justen. *Op. cit.*, p. 17-18.

A vinculação do serviço público à França deve-se à identificação do instituto com o Estado propriamente dito³⁸ e com o fato de ser utilizado como fundamento do direito administrativo, como delimitador de competência jurisdicional e por relacionar-se com o anseio social do povo. Por força disso, a França tem o serviço público como aspecto fundamental do seu desenvolvimento histórico e social.³⁹

Durante o século XX, o modelo de Estado francês passou a não satisfazer mais e, a partir de uma “onda socialista” e solidarista difundida por Émile Durkheim, buscou-se a intervenção do Estado nas relações sociais a fim de garantir a solidariedade social.⁴⁰ Nesse cenário de intervenção estatal, doutrina e jurisprudência começaram a tratar da noção de serviço público em vista a justificar e legitimar o agir e os limites estatais.

O serviço público, então, ganhou importância inicial enquanto critério de competência administrativa, ou seja, para identificar as questões de competência do contencioso administrativo francês.⁴¹ A delimitação da competência cabe à

³⁸ “El ‘servicio público’ ha sido inicialmente en Francia como concepto básico, explicativo del derecho administrativo. Como punto de partida, una constatación puede hacerse: la de una muy estrecha relación de la idea misma de servicio público con una determinada concepción del papel del Estado.” MODERNE, Franck. La idea de servicio público en el derecho europeo: nuevas perspectivas. In: CASSAGNE, Juan Carlos. (Dir.) *Servicio público*. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 7-24, p. 9.

³⁹ Afirma-se que o serviço público tem *status* de verdadeiro mito na história social da França. CHEVALIER, Jacques. Regards sur une évolution, *AJDA*, Paris, número especial, jun. 1997, p. 8. In: JUSTEN, Mônica Spezia. *Op. cit.*, p. 18-19.

⁴⁰ JUSTEN, Mônica Spezia. *Id.*, p. 20. Duguit afirmou, expressamente, ter se inspirado no livro “*De la division du travail social*”, 1893, de Durkheim. Segundo Duguit, “*On a dit que solidarité c’était la charité chrétienne, ou la fraternité de la devise républicaine. Non point. Solidarité, c’est à la fois plus et moins que la charité et la fraternité. La charité et la fraternité constituent un devoir moral. La solidarité est un fait. La notion claire de ce fait sera un ressort d’action, pourra même fonder une règle de conduite; mais la solidarité n’est pas en elle-même une règle de conduite.*” Continua o autor, se o homem quer viver, ele não pode viver senão conforme a lei da solidariedade, pois só pode viver em sociedade. O homem não vive isolado, mas unido a outros homens. A solidariedade é um fato fundamental de toda sociedade humana. Ela incita a buscar a felicidade pois a felicidade de um toca aos outros, bem como o mal de um toca aos demais. Se o homem se torna mais social, torna-se mais individual porque pensa e quer mais coisas e, se ele se torna mais individual, também se torna mais social. Essa é a sua noção amena de sociedade humana. O sentimento comum da similitude dos desejos e das necessidades é a forma psicológica na qual se traduz a união de todos os membros da humanidade. Esse sentimento se precisa e se generaliza com o progresso da civilização e, na acepção de Duguit, a consciência da solidariedade humana pode ser considerada como parte integrante do patrimônio intelectual do homem. DUGUIT, Léon. *L’Etat le droit objectif et la loi positive*. Paris: Dalloz, 2003, p. 23-24, 30 e seguintes.

⁴¹ Em razão da influência de Montesquieu no que se refere à separação de poderes, a jurisdição francesa é formada pelo contencioso administrativo e pela Justiça comum, ou seja, os poderes encontram-se separados. Os atos da administração submetem-se ao contencioso administrativo, cujo órgão supremo é o Conselho de Estado, com isso a jurisprudência por ele formada é uma importante fonte de direito. O Conselho de Estado funciona como juízo de apelação, de cassação e, excepcionalmente, como juízo originário e único em determinadas causas, além da sua competência consultiva ao governo. A questão do contencioso administrativo e a sua organização na França, neste momento, é tratada apenas de modo sintético para entendimento do contexto das decisões jurisprudenciais, ela pode ser vista com mais detalhes, a exemplo, em: RIVERO, Jean. *Direito*

jurisprudência, mas em 1872 foi criado o Tribunal de Conflitos para solucionar os inúmeros conflitos de jurisdição.

Ao final do século XIX e início do século XX, com a atuação estatal mais proeminente e ampliada em relação à época liberal, a definição das questões a serem remetidas ao Conselho de Estado tornou-se complexa. Diante disso, o Tribunal de Conflitos, seguindo pronunciamentos do Conselho de Estado e devido à maior prestação de serviços estatais, adotou o serviço público como critério delimitador da competência do Conselho de Estado.

Em 1873, o Tribunal de Conflitos proferiu decisão significativa para o serviço público e aos outros institutos do direito administrativo, denominado Caso Blanco,⁴² no qual se considerou que a manufatura de tabaco, uma vez desempenhada pela municipalidade⁴³, seria um serviço público, assim, mediante o critério de competência do serviço público, o caso foi submetido ao Conselho de Estado.

A partir da referida decisão, foi identificado um regime próprio para os serviços públicos, derogatório do direito civil e as questões envolvendo atividades consideradas serviço público seriam destinadas ao Conselho de Estado.⁴⁴

O Conselho de Estado, em 1903, no caso Terrier, também proferiu decisão fundamental para o delineamento do serviço público.⁴⁵ Considera-se que neste caso,

administrativo. Coimbra: Almedina, 1981, Título IV “A jurisdição administrativa”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁴² O caso tratava de um acidente com vagões de trem no pátio de uma tabacaria de Bordeaux, na qual a municipalidade manufaturava tabaco. Teve como objeto a delimitação de competência para julgar a eventual responsabilização por danos físicos causados a uma menina que se encontrava no pátio quando do acidente. (LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. et al. *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 1-7. JUSTEN, Mônica Spezia. *Op. cit.*, p. 22-26 e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27-31.) Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que em arestos como o famosíssimo “arrêt Blanco” “a expressão serviço público surgia como base para a adoção das regras de direito administrativo”. Ainda, em remissão a Laubadère e a De Corail, consigna que os arestos “Rothschild”, de 1855, e o “Dekeister” de 1861 são precursores ao aresto Blanco. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968, p. 139, nota 16.

⁴³ Vislumbra-se que o Tribunal de Conflitos adotou o chamado critério orgânico para aferir a qualidade de serviço público, ou seja, uma vez prestado pela Administração, configurava-se um serviço público.

⁴⁴ Em que pese a relevância do Caso Blanco, apenas, após trinta anos, doutrina e jurisprudência debruçaram-se sobre o tema. Mônica Spezia Justen, a partir das considerações de Vedel, Devolvé, Chevalier e Benoit, ressaltou que o comissário de governo Georges Tessier seria o responsável por retomar o caso Blanco e difundi-lo, em 1906, em livro de sua própria autoria, cujo título é *Responsabilité de la Puissance Publique*. e, em 1908, quando invocou-o nas conclusões do caso Feutry. Deste modo, com a retomada do caso, o serviço público foi erigido a delimitar competências em matéria de responsabilidade, critério que pode ser difundido para as coletividades locais. JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção...*, p. 26.

⁴⁵ Tratava-se de uma solicitação da prefeitura francesa da localidade de Saône-et-Loire aos seus cidadãos para que a auxiliassem, mediante o pagamento de um prêmio, no extermínio de inúmeras víboras que apareceram muito além do normal. Como a caça às víboras foi significativa, a prefeitura francesa não possuía recursos disponíveis para o pagamento dos prêmios prometidos, e assim,

diferentemente do caso Blanco, dissociou-se a noção de serviço público da idéia de *puissance publique* e estabeleceu-se a gestão pública – regime jurídico - como critério para a competência administrativa, uma vez que o fato de envolver serviço público não exclui a possibilidade de o regime ser o da gestão privada.⁴⁶

Do mesmo modo foram relevantes no desenvolvimento da noção de serviço público, dentre outros, o “Arrêt Feutry”, do Tribunal de Conflitos, de 1908 e o “Arrêt Thérond”, do Conselho de Estado, de 1910.⁴⁷

A par da jurisprudência, a doutrina francesa também é representativa no desenvolvimento da noção de serviço público lá foi constituída, inclusive, a “Escola do Serviço Público”⁴⁸, na qual considerou-se que o instituto operava como “idéia-chave para o direito administrativo, cujo complexo de regras em torno dela se explicava e se unificava.”⁴⁹

León Duguit contribuiu decisivamente para a noção de serviço público⁵⁰ por refutar e substituir a noção de *puissance publique*⁵¹ e adotar o serviço público não apenas como critério para definir a competência administrativa, como a jurisprudência o fazia, mas como limite à atuação estatal. Dessa forma, a noção de serviço público substituiu o conceito de “soberania”⁵² como fundamento do direito

muitos caçadores não puderam recebê-los. Em razão do não recebimento da gratificação, um dos particulares caçadores, M. Terrier, propôs uma demanda para condenar a prefeitura a lhe pagar o prêmio pelo serviço de caça às víboras. Tendo em vista que a caça efetivamente atendia a uma necessidade pública, o Conselho de Estado considerou-a como um serviço público, com gestão pública, mesmo ausente a organização de uma estrutura estatal. (LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. et al. *Op. cit.*, p. 67-71. e JUSTEN, Mônica Spezia. *Op. cit.*, p. 26-28.) Celso Antônio Bandeira de Mello, em citação a Rivero, reproduz as expressões utilizadas pelo Comissário do Governo Romieu no caso Terrier: “Tout ce qui concerne l’organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, soit que l’Administration agisse par voie de contrats, soit qu’elle procède par voie d’autorité, constitue une opération administrative qui est par sa nature de la compétence administrative. (cf. Rivero – Droit Administratif, 2^a ed., pg. 145)” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A Natureza...* p. 136, nota 9.

⁴⁶ A respeito, interessante conferir os comentários de Mônica Spezia Justen, fundamentados na doutrina de Mescheriakoff. *Op. cit.*, p. 27.

⁴⁷ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello. *A Natureza...*, p. 139, nota 16.

⁴⁸ Também conhecida como Escola de Bordeaux ou Escola Realista e influenciada pela filosofia neokantiana, pelo positivismo de Augusto Comte, pela Sociologia de Durkheim e pelo Solidarismo de Léon Bourgeois. GROTTI, Dinorá A. Musetti. *O Serviço...*, p. 31.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A Natureza...*, p. 140.

⁵⁰ O pensamento de Duguit foi referencial para a Escola do Serviço Público, mas a Escola abandonou os fundamentos originais de sua doutrina. Portanto, seria um equívoco associar a doutrina de Duguit à noção da Escola, especialmente em razão do enfoque distinto trazido por Jèze. JUSTEN, Mônica Spezia. *Op. cit.*, p. 39-40.

⁵¹ Simplificadamente, a expressão refere-se ao poder estatal e à correlata submissão dos indivíduos a este poder soberano.

⁵² Depreende-se que o termo refere-se à autoridade, à poder público “*puissance publique*”. Duguit utiliza-se da doutrina Esmein sobre direito constitucional e esclarece que este autor utiliza o termo “soberania” para designar certos caracteres da “*puissance*” sendo que é comum a doutrina utilizar o termo “*puissance publique*”. DUGUIT, Léon. *Les Transformations...*, p. 37.

público.⁵³ A soberania, enquanto direito subjetivo dos governantes, seria incompatível com a obrigação e com a imposição dos governados pela organização dos serviços públicos.

Duguit ressaltou que a noção de serviço público, a partir da diferenciação entre governantes e governados, nasceu no espírito dos homens.⁵⁴ O serviço público incumbiu os governantes de cumprir certas obrigações em favor dos governados, em decorrência da função social, como justificativa ao poder que lhes era destinado.

A prestação de serviços públicos demandava controle e intervenção do Estado, de acordo com um sistema próprio de direito público, não mais fundado no conceito de soberania – em termos de poder público soberano –, mas formado por um conjunto de regras que determinavam a organização dos serviços públicos e asseguravam o seu funcionamento regular e ininterrupto. Por essa razão, o direito público⁵⁵ passou a ser o direito objetivo dos serviços públicos.⁵⁶ Vislumbrou-se um direito público moderno que organiza garantias em benefício do particular em face do Estado no sentido de aquele possuir meios de direito para pedir a anulação de todos os atos do Estado contrários à lei do serviço, de modo a permitir imposição aos governantes a organização do serviço público. O particular não teria essa possibilidade se o Estado mantivesse o poder soberano, pois não se poderia

⁵³ “*La notion de service public remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public.*” O autor comentou que “*la conscience moderne ne se contente plus de la notion simpliste de souveraineté s’exprimant par la majorité du corps électoral du droit public.*” Refere-se a uma Lei de 10 de julho de 1912, que prevê a eleição de deputados pela representação da minoria. “*Mais nous y voyons avant tout la reconnaissance par une Chambre française que la loi de majorité n’est pas plus la loi essentielle des démocraties modernes et que la notion de souveraineté nationale, qui s’y rattacherait directement et intimement, n’est plus la notion fondamentale du droit public.*” Duguit, a partir de transcrições da obra *Principes de droit public* de M. Hauriou, entende, do mesmo modo, que para este publicista o poder soberano não é mais elemento essencial do direito público; ele existe, mas não é mais um direito subjetivo de comandar titularizado pelo Estado; ele é uma função social, que, ao fundo, é o serviço público. As considerações se referem ao momento em que Hauriou identifica o direito público com os serviços públicos, pois a sua doutrina é marcada por momentos cíclicos, eis que em alguns momentos defende a *puissance publique* e em outros o serviço público, assemelhando-se, neste aspecto a Duguit. DUGUIT, Léon. *Id.*, p. 33, 36, 38-39.

⁵⁴ DUGUIT, Léon. *Les Transformations...*, p. 33.

⁵⁵ Para maior compreensão sobre o pensamento do autor, é necessário ressaltar que Duguit aderiu ao positivismo sociológico, ou seja, o direito aplicável é aquele socialmente aceito e integrado ao comportamento social e à história do povo, essa espécie de direito objetivo permite a realização da solidariedade social. A respeito do assunto, conferir JUSTEN, Mônica Spezia. *Op. cit.*, p. 30-31. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a “regra de direito”, para Duguit, independe do Estado, lhe é exterior: “é a resultante *objetiva* de uma situação social determinada em dado momento histórico.” *Natureza...*, p. 142.

⁵⁶ “*Le fondement du droit public, ce n’est plus le droit subjectif de commandement, c’est la règle d’organisation et de gestion des services publics. Le droit public est le droit objectif des services publics.*” DUGUIT, Léon. *Les Transformations...*, p. 52.

imaginar que os particulares pudessem exigir-lhe a organização e o funcionamento dos serviços públicos eis que o Estado seria “livre” para agir como entendesse e possuiria discricionariedade para apreciar como deveriam funcionar os serviços.⁵⁷

Aos governantes cabia assegurar, sem interrupção, o cumprimento de certas atividades relacionadas às necessidades elementares cotidianas. Segundo Duguit, essa obrigação imposta aos governantes era de ordem moral e jurídica, sob a qualidade de função social, ainda, se não respeitada, passível de sanção positivamente organizada.⁵⁸ Desse modo, o poder dos governantes era limitado e direcionado às obrigações.

Os governantes estariam constrangidos, especialmente em razão do sistema eleitoral e representativo, a erigir à categoria de serviço público todas as atividades que apresentassem características ensejadoras⁵⁹ desta classificação. Duguit considerou a dificuldade em afirmar quais seriam tais atividades, pois elas “são fruto de uma situação *objetiva* que emerge naturalmente do estado atual das relações sociais, nos termos da ‘interdependência social’”⁶⁰ e aumentam conforme o grau de civilização.⁶¹ Um possível critério formal apontado pelo publicista para verificar quais atividades diriam respeito aos serviços públicos seria o da desordem social produzida pela suspensão, ainda que breve, de algumas atividades, como ocorreu com a greve de 1910 do serviço de transporte em estrada de ferro.⁶²

Além dos tradicionais serviços demandados aos governantes, cujos elementos constitutivos eram a guerra, a polícia e a justiça diante da expectativa de

⁵⁷ DUGUIT, Léon. *Id.*, p. 65.

⁵⁸ Conforme assevera Mônica Spezia Justen (*Op. cit.*, p. 31-32), Duguit considerava a idéia de solidariedade social, ou seja, cada membro da sociedade teria “obrigações” proporcionais à sua posição na sociedade para alcançar uma “finalidade”. Assim, o Estado, uma vez que detinha grande parcela de poderes na sociedade, deveria ter maiores responsabilidades na realização da solidariedade social. No entanto, apenas na obra *Les Transformations du Droit Public* que o autor consolidou a expressão “serviço público”, mas o próprio autor reconheceu que as obrigações impostas aos governantes, na qualidade de interdependência social, ainda está muito viva, mas também apresentava graves objeções, que não foram refutadas naquela obra. De todo modo, a interdependência social não teria mais importância porque a noção de dever jurídico imposto aos governantes havia preenchido a consciência dos homens modernos. (DUGUIT, Léon. *Les Transformations...*, p. 44-45.)

⁵⁹ “a necessidade de o Estado prestar um serviço deriva de uma constatação de que num dado momento histórico aquele serviço não está podendo ser usufruído por toda a população e isso gera desigualdades sociais.” A autora afirma que o caráter abstrato da noção estabelecida por Duguit era derivada da relação de solidariedade social entre Estado e sociedade, assim, as características de uma atividade poderiam erigi-la à categoria de serviço público em uma época e na outra não, como ressalta Duguit em relação ao serviço de culto religioso, que até 1905 era serviço público na França. JUSTEN, Mônica Spezia. *Op. cit.*, p. 33 e nota 72.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza...*, p. 141.

⁶¹ DUGUIT, Léon. *Les Transformations...*, p. 47.

⁶² DUGUIT, Léon. *Id.*, p. 51.

realização estatal da solidariedade social, foram demandadas intervenções estatais de ordem intelectual e moral, por exemplo, no ensino e na organização dos serviços de assistência⁶³. Também foi imposta aos Estados a organização de serviços públicos que assegurassem permanentemente as comunicações internacionais, de modo que os serviços de correspondências e telégrafos são exemplos de serviços públicos nos países modernos. Nenhum outro serviço, como o de correspondência internacional, demonstrava maior solidariedade de obrigações e direitos a unir todas as nações, afirmou Duguit.⁶⁴

Interessante, eis que persiste atual, a justificativa de Duguit para a necessidade de adotar os serviços de iluminação pública e privada como serviços públicos. O autor relatou o descontentamento dos cidadãos com as velas, inclusive, à época, asseverou a proximidade de todas as casas terem luz elétrica em breve.

Segundo Duguit, as obrigações e o sentido da atuação do Estado seriam determinados pela situação econômica do país e pelas necessidades de seus habitantes, à luz da solidariedade social, de modo que atribuiu como noção de serviço público “toda atividade cujo cumprimento deve ser regado, assegurado e controlado pelos governantes, porque é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurada completamente senão pela força governante.”⁶⁵

Não obstante as várias críticas⁶⁶ atribuídas à obra de Duguit, sendo que a mais contundente diz respeito à sua concepção sociológica e não jurídica acerca do serviço público⁶⁷, a contribuição de sua teoria para a noção de serviço público permanece fundamental e em muito contribui para o estudo ora proposto.

⁶³ DUGUIT, Léon. *Id.*, p. 47-48.

⁶⁴ DUGUIT, Léon. *Id.*, p. 48-49.

⁶⁵ DUGUIT, Léon. *Id.*, p. 51. “c’est toute activité dont l’accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu’il est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale et qu’il est de telle nature qu’il ne peut être assuré complètement que par l’intervention de la force gouvernante.”

⁶⁶ Monica Spezia Justen comenta que o autor utilizava indistintamente serviço público tanto como atividade material como no sentido orgânico e, por outro lado, pode entender-se a teoria sobre serviço público de Duguit como um “sistema de produção” do Estado. A autora relata que Hauriou e Esmein consideravam Duguit um anarquista, mas comenta, em contraposição, que as idéias do autor estavam à frente do seu tempo. JUSTEN, Monica Spezia. *Op. cit.*, p. 35-36 e 38, notas 99 e 101. José Cretella Júnior ressalta que não é possível aceitar que a noção de serviço público seja a consequência da distinção entre governantes e governados, nem mesmo a substituição da noção de soberania pela de serviço público. *Op. cit.*, p. 79.

⁶⁷ “Na verdade, esta é uma noção antes sociológica que jurídica. Com efeito, não fornece os elementos que o caracterizam perante o Direito, carecendo dos dados reveladores de sua fisionomia jurídica. (...) O conceito de serviço público de Duguit não desentranha os elementos que o

1.3 NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

No Brasil República, Viveiros de Castro, em 1914, influenciado pela obra de Duguit, dedicou-se ao tema do serviço público. No entanto, a doutrina do instituto foi formada, inicialmente, por Aarão Reis, em 1923, e por Matos Vasconcelos, em 1936, para quem o serviço público se relaciona “direta e imediatamente, à satisfação das necessidades de ordem pública.”⁶⁸ A partir dessa época o direito público administrativo brasileiro, com influência francesa, passou a inclinar-se à organização e ao funcionamento dos serviços públicos.

A importância do instituto no direito e Estado brasileiros pode ser depreendida das considerações de Rui Cirne Lima, para quem serviço público se configurava como “todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.”⁶⁹ O autor trabalha com as duas causas ressaltadas por Tito Prates da Fonseca: eficiente e final. A causa final diz respeito ao objetivo do serviço público, que é a prestação ao público e a eficiente refere-se ao modo da prestação, direta ou indiretamente pela Administração ou pelo Estado. Todavia, a causa final governa a eficiente porque o traço característico principal do serviço público é a sua condição de existencial relativamente à sociedade.⁷⁰ Para Cirne Lima, o existencial para a sociedade se confunde com a utilidade pública, na qual se subsume o que é essencial ao bem do indivíduo, da coletividade e da sociedade em si mesma.⁷¹

A partir da identificação de serviço público proposta por Cirne Lima, Eros Grau verifica a recepção dos mesmos traços que o caracterizam nas lições de Duguit, como atividade “indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social.”⁷² Daí que para Eros Grau o serviço público “é atividade

exteriorizam em face do Direito; esclarece apenas os que norteiam ou devem nortear o legislador.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A Natureza...*, p. 140-141.

⁶⁸ *Direito administrativo*. vol. I Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 125-147. In: CRETELLA JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 86.

⁶⁹ LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954, p. 84.

⁷⁰ LIMA, Rui Cirne. *Id.*, *Ibid.*

⁷¹ LIMA, Rui Cirne. *Id.*, p. 86-87.

⁷² GRAU, Eros Roberto, *A Ordem econômica na constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 129.

indispensável à coesão social”, caracterizada pela sua vinculação ao interesse social.⁷³

Themistocles Brandão Cavalcanti afirma que a noção serviço de público é relativa, pois varia no tempo de acordo com a maior ou menor necessidade de intervenção do Estado e com o regime político e tendências sociais e econômicas. Para o autor, o essencial “é o regime jurídico a que obedece e a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir.”⁷⁴ Ainda, os serviços públicos não devem ser confundidos com os serviços puramente administrativos.⁷⁵

A noção de serviço público, segundo Cavalcanti, imprime à atividade por ele abrangida, caracteres nitidamente estranhos a uma finalidade exclusiva de lucro e uma predominância bem nítida do interesse público.⁷⁶ O autor concorda com o conceito de Jèze, ao afirmar que o serviço público é aquele considerado como tal pelo Estado.⁷⁷

De modo diverso, em acepção ampla, para Mário Masagão o serviço público corresponde às atividades que o Estado realiza para cumprir seus fins, inclusive a legislativa.⁷⁸

A indeterminação da noção de serviço público, de acordo com Themistocles Brandão Cavalcanti, baseado na doutrina de Arnaldo de Vales, decorre dos elementos da expressão “serviço público” uma vez que não é utilizada conforme o significado do substantivo “serviço” e do atributo “público”.

A partir do termo “serviço público”, Cretella Júnior, valendo-se de Já Santamaria de Paredes, leciona que serviço é ação e efeito de servir e servir significa executar algo, exercer uma função, cumprir um fim, satisfazer uma necessidade. Acrescenta, conforme García Oviedo, que “a idéia de servir engloba a idéia de prestar”. Assim, o substantivo “serviço” não apresenta grandes dificuldades,

⁷³ GRAU, Eros Roberto. *Id.*, p. 130. O autor esclarece que interesse social distingue-se do interesse coletivo, o qual enseja atuação do Estado em atividade econômica em sentido estrito, embora ambos pertençam à categoria interesse público.

⁷⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3.ed., vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 55.

⁷⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Id.*, p. 59.

⁷⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Id.*, p. 63.

⁷⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Id.*, p. 56.

⁷⁸ No entanto, o autor excepcionou a judiciária. MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. t. II. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 288.

mas o adjetivo “público” pode significar situações diversas como execução por pessoa pública - serviço do Público - ou serviço para o público, por exemplo.

Cretella, fundamentado em Tito Prates da Fonseca, define serviço público como “aquele que, visando ao bem coletivo ou certa finalidade, o Estado ou a Administração prestam, direta ou indiretamente, ao público. **É o serviço prestado pelo Público ao público.**”⁷⁹

A dificuldade em eleger os elementos que identificam o serviço público no tempo e no espaço é reconhecida por Caio Tácito ao asseverar que a abrangência do serviço público é elástica na medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social e que se modifica a sua missão administrativa.⁸⁰

Marçal Justen Filho esclarece que definir serviço público é árduo porque envolve a delimitação do público e do privado, a função do Estado e seus limites, além de questões políticas sob variações históricas. Em vista disso, para auxiliar a determinação da noção, o autor defende a avaliação da realidade para que esta forneça lineamentos objetivos de decisão e ressalta a preponderância da Constituição e dos princípios nela consagrados.⁸¹

Celso Antônio Bandeira de Mello defende uma concepção restrita de serviço público ao afirmar que eles oferecem “utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da comunidade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados (...)”⁸². Desse modo, para o autor, os serviços públicos seriam apenas aqueles *uti singuli*, enquadráveis na teoria das prestações administrativas da Administração aos Administrados.⁸³ Tal posicionamento é justificado em vistas de a ampla abrangência da noção de serviço público, por abarcar realidades diversas e coincidir com as atividades do Estado sem diferenciá-las, prejudicar a utilidade da noção ao confundir-la com a noção de atividade pública.⁸⁴

Para Eros Grau serviço público “é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da

⁷⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 102-104.

⁸⁰ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 197-198.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 642.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 646, nota 9.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 646, nota 8.

atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social.”⁸⁵

Na doutrina argentina, Rafael Bielsa, tendo em vista a diferenciação entre serviços próprios e impróprios, a qual tem como critério fundamental o modo de participação do Estado - em atuação direta ou indireta para os serviços próprios e regulamentadora para os impróprios - considera que o conceito de serviço público praticamente se cinge ao de serviço próprio, que é “toda ação ou prestação realizada pela Administração Pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta de necessidades coletivas e assegurada tal ação ou prestação pelo Poder de Polícia”.⁸⁶

No mesmo sentido, e com ênfase na diferenciação de regime, para Villegas Basavilbaso o serviço público é “toda atividade direta ou indireta da administração pública, cujo objetivo é a satisfação das necessidades coletivas mediante procedimento do direito público.”⁸⁷

De acordo com Jorge H. Sarmiento García, o serviço público tem a finalidade de satisfazer necessidades individuais de importância coletiva e, conforme doutrina de Rafael Bielsa, esclarece que estas não se confundem com necessidades gerais – soma de elementos homogêneos e, aritmeticamente, de quantidades positivas – enquanto as necessidades coletivas representam a soma de elementos heterogêneos, com quantidades positivas e negativas. Por exemplo, a alimentação seria uma necessidade geral pois todos os homens sentem fome e o transporte coletivo é uma necessidade coletiva de que alguns necessitam e outros não. Desse modo, a necessidade coletiva é uma soma de necessidades individuais concordantes.⁸⁸

Sarmiento García verifica a satisfação de interesses coletivos gerais nos denominados “serviços impróprios” ao esclarecer que

Se suele distinguir entre ‘servicio público’ y ‘servicio publico improprio’ o ‘virtual’: si bien em ambos casos se trata de actividades básicamente industriales o comerciales, ‘proprio’ sería aquel que presta el Estado directamente o que él concede, e ‘improprio’ el que tiene de

⁸⁵ GRAU, Eros. *Op. cit.*, p. 257.

⁸⁶ BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 4.ed. t. 1. Buenos Aires: Librería y Editorial “El Ateneo”, 1947, p.154-156.

⁸⁷ *Derecho administrativo*. vol. III. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1951, p. 49. Apud: CRETELLA JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 85.

⁸⁸ GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. Noción y elementos del servicio público. In: AGUIRRE, Marta González (Coord.). *Los servicios públicos: régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 1-21, p. 16.

común com el 'proprio' la satisfacción, en forma más o menos continua, de necesidades colectivas, pero sin que el Estado lo preste ni lo conceda, sino que tan sólo lo reglamenta (v.gr., farmacias, taxis, etc.). Pero entre ambos existe una diferencia esencial que se traduce em distintos regímenes jurídicos que obstan, por tanto, para una conceptualización única: la posición de los particulares es distinta, ya que mientras en los 'servicios públicos improprios' ejercen um derecho individual aunque sujeto a reglamentación, en los 'propios' no pueden actuar sino en mérito a una delegación estatal."⁸⁹

Dessa forma, em vista aos interesses coletivos gerais que as atividades impróprias satisfazem, segundo Sarmiento García, seria adequado qualificá-las como atividades individuais de interesse público.

Ainda, segundo Sarmiento García, em acepção mais restrita, o serviço público "es una *pars* de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político mediante la cual se tiende a alcanzar los cometidos o funciones del Estado, em la especie, de bienestar y progreso social."⁹⁰

Na acepção do autor, as atividades judicial e legislativa não configuram serviço público, este refere-se à atividade administrativa e, ressalta o autor, à apenas parte desta.⁹¹ Ainda, Sarmiento compreende que os denominados serviços *uti universi* não são serviços públicos pois não são objeto de uma relação jurídica concreta.⁹²

Para Jorge Luis Salomoni, o serviço público é uma técnica de garantia dos direitos humanos sintetizada em: técnica de igualação do desfrute dos bens materiais e culturais produzidos em uma sociedade e para todos os indivíduos que a compõem; técnica de igualdade de tratamento jurídico e político, e técnica de integração social. Desse modo, o autor considera o serviço público como conceito técnico jurídico administrativo, no qual se descreve a prestação de uma atividade que atende a satisfação de necessidades públicas.⁹³

Em vistas à definição de um conceito de serviço público, é relevante a observação de Eros Grau ao comentar que a significação do serviço público não deve ser buscada a partir de um conceito, mas de uma noção. Para ele, quando a

⁸⁹ GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. *Id.*, p. 9.

⁹⁰ GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. *Id.*, p. 19.

⁹¹ GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. *Id.*, p. 3.

⁹² GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. *Id.*, p. 17-18, nota 39. Raciocínio este que é adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello e, por sua vez, por Cesar Guimarães Pereira, conforme ainda poderá ser verificado no decurso deste trabalho.

⁹³ SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría geral de los servicios públicos*. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 326-327.

doutrina revela um conceito indeterminado, há, sim, noção, e esta⁹⁴ é entendida como “idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas.”

De acordo com a concepção de Eros Grau, a noção de serviço público é alicerçada pelas idéias de coesão e de interdependência social⁹⁵, conforme prelecionou Duguit. O “conceito” de serviço público é aberto e deve ser preenchido pelos dados da realidade fática, com significação atrelada à realidade social.⁹⁶ E as hipóteses em que existem serviço público e, portanto, dever de prestação à sociedade, de modo direto ou indireto, são conformadas pela Constituição.

Hely Lopes Meirelles ensinava que “o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas.”⁹⁷

As considerações da doutrina a respeito da noção de serviço público têm muito em comum e acabam, de um modo ou de outro, ressaltando os mesmos aspectos. Inquestionável é a característica do serviço público de satisfação das necessidades dos indivíduos e, portanto, de interdependência social, como lecionava Duguit. Assim, é “possível dizer que existe uma noção acerca do serviço público, a qual, ao longo do tempo e sob o impacto das modificações, vem sendo mantida.”⁹⁸ “Mutabilidade e adaptabilidade são características inerentes ao serviço público, que lhe permitem sobrevivência face às modificações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas.”⁹⁹ A permanente dificuldade em definir o que é serviço público, desafiadora dos juristas ao longo do tempo, não impede o seu delineamento e intensidade necessários¹⁰⁰, ao menos no direito pátrio, diante da rigidez normativa conferida ao instituto pela Constituição da República.¹⁰¹

⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 135. Ressalta-se que o conceito utilizado pelo autor é extraído de Sartre.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *Id.*, *Ibid.*

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Id.*, p. 139.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 5.ed. São Paulo: RT, 1977, p. 295-296.

⁹⁸ De acordo com o estudo desenvolvido em outra oportunidade. BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 62.

⁹⁹ BOURGES. *Id.*, p. 62.

¹⁰⁰ Eros Grau comenta que a noção de serviço público é conformada pela Constituição, a qual permite a identificação de novas áreas de serviço público e a intensidade das atividades, mas ressalta que a função conformadora é cumprida pela Constituição como um todo, ou seja, decorre da interpretação

1.4 CRITÉRIOS ORIENTADORES DAS NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO: “CRISES”, ADAPTAÇÕES E ATUALIDADE

As noções acerca do serviço público, de um modo geral, são delineadas a partir de três critérios¹⁰²: material, formal e subjetivo.

Os vários autores que tratam sobre o tema ora realçam um dos aspectos, ora outro, é o que se observa, inclusive, na “Escola do Serviço Público”. Duguit, por exemplo, adotou concepção objetiva e material de serviço público ao conferir-lhe o papel promotor da solidariedade social, enquanto Gaston Jèze partiu da intenção do Estado em relação à submissão do serviço a regime específico. A noção por ele apresentada funda-se em embasamento subjetivo e formal, apesar de também ter relacionado o serviço público à satisfação de interesses gerais.¹⁰³

A partir dos três critérios, consolidou-se a noção tradicional de serviço público.¹⁰⁴ Na França, quando do Estado Liberal, a partir de qualquer um dos critérios tradicionais era possível identificar os demais e, assim, localizar os serviços públicos.

A intervenção estatal, após a primeira guerra mundial, tornou-se mais intensa e com o reconhecimento dos direitos sociais e a formação do Estado Providência, qualificar as atividades como serviço apenas a partir dos critérios tradicionais tornou-se difícil. Nessa época, o Estado assumiu atividades muito heterogêneas, intensificaram-se os serviços sociais e ocorreu aumentaram os serviços de cunho econômico, industrial ou comercial, muitas vezes oriundos de setores tipicamente privados, prestados em regime de monopólio ou em competição,

do seu todo e não apenas dos fins, diretrizes e programas por ela estabelecidos e de acordo com as forças sociais de um dado momento. *Op. cit.*, p. 135-136.

¹⁰¹ Almiro do Couto e Silva esclarece que “o Brasil fez com o conceito de serviço público modelado pela doutrina francesa o que a França não fez: deu-lhe rigidez normativa ao fixá-lo na Constituição, atribuindo, por essa particularidade formal, um caráter brasileiro ao conceito.” Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, p. 45-74, out./dez. 2002, p. 73.

¹⁰² Opta-se por trabalhar neste momento os três critérios tradicionais, mas vários outros também são utilizados, a respeito, Cretella Júnior os esboçou e apresentou suas características e aspectos negativos em *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 92-96.

¹⁰³ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. II. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 3-4, 22 e nota 33.

¹⁰⁴ Assinala Celso Antônio Bandeira de Mello: “atividade de interesse geral prosseguida por um organismo administrativo sob um regime derogatório de direito comum” e expõe que autores como Vedel, Rivero e De Corail concordaram que a definição clássica de serviço público reunia os três elementos, ainda que ora se enfatizasse um ora outro, da mesma forma se localizaria o serviço público. *Natureza...*, p. 159.

até mesmo em regime de direito comum. Diante da profusão de atividades, foram criadas pessoas privadas para gerirem os serviços públicos. Assim, se mantida a tendência francesa de reconhecer as prestações estatais como serviço público, ainda que em sentido amplo, muitas e diversas atividades seriam serviço público. Com o crescimento e a diversificação das atividades prestadas, os critérios tradicionais não conduziram mais à qualificação de serviço público como outrora.

Em 1921, na França, com o *arrêt Bac d' Eloka*, o Tribunal de Conflitos admitiu a gestão privada de serviços públicos – transporte fluvial -, embora prestados pela Colônia de *Côte d'Ivoire*, sem, necessariamente, aplicação do direito público e, portanto, submeteu o caso de reparação de danos, ajuizado pela *Société Commerciale de L'ouest Africain*, à justiça comum. Assim, a partir da inserção de mecanismos privados, pode-se considerar que o conceito de serviço público foi perturbado.¹⁰⁵

Tendo em vista a relevância do instituto no direito francês, as modificações causaram desencanto pela noção de serviço público, ela foi objeto de questionamentos e reconheceu-se uma “crise da noção de serviço público”.¹⁰⁶ Nesse sentido, Franck Moderne reconhece que a história do serviço público é a de suas “crises”, pois o conceito sempre foi frágil, sua debilidade parece quase congênita, mesmo onde nasceu, na França.¹⁰⁷

Mesmo no Brasil a intensa nacionalização estendeu e ativou as prestações estatais. Reportando-se a esse fenômeno, Themistocles Cavalcanti, em 1956, vislumbrou que o conceito de serviço público estava a se distanciar do entendimento tradicional. O autor relatou a evolução do Estado, de seus aparelhos e dos processos econômicos de modo que o Estado associou-se a empresas particulares, e empresas privadas passaram a ser encarregadas de exercer funções públicas.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Para maiores detalhes e comentários sobre o *arrêt Société Commerciale de L'ouest Africain*, do Tribunal de Conflitos, de 22 de janeiro de 1921, denominado por *Bac d' Eloka*, conferir: LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. et al. *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 213-222.

¹⁰⁶ A respeito, importante conferir a obra de J. L. De Corail, *La Crise de la notion juridique de service public em droit administratif français*, onde concluiu que a noção de serviço público no direito administrativo francês não tinha mais valor jurídico, p. 374. Apud: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza...*, p. 163. Também no prefácio daquela obra Couzinet afirmou que “por uma espécie de paradoxo, a noção de serviço público foi vítima de seu próprio êxito. Fez-se dela um emprego singularmente abusivo e consumou-se sua ruína dando à expressão os significados mais diversos.” GROTTL, Dinorá A. M. *O Serviço...*, p. 54, nota 104.

¹⁰⁷ MODERNE, Franck. *Op.cit.*, p. 9, 11.

¹⁰⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Op. cit.*, p. 52-53.

Em que pese as modificações, o serviço público não foi suprimido. Ele acompanhou e se adaptou às modificações ocorridas em razão do crescimento e da diversificação de atuação do Estado.¹⁰⁹

O critério subjetivo ou orgânico¹¹⁰, durante o apogeu do serviço público na França, significou que qualquer atividade desempenhada pelo Estado seria, em sentido amplo, serviço público. Não obstante, também se admitiu a possibilidade de a atividade ser executada por privados sem perder a qualidade de serviço público.

Aos poucos, verificou-se que nem toda atividade desempenhada pelo Estado é serviço público. Por exemplo, Themístocles Brandão Cavalcanti, ao observar que certas atividades como a justiça, a função legislativa, executiva, no que lhes é peculiar e discricionário, as forças armadas e todas as atividades de funcionamento do próprio Estado, portanto, indeclináveis e indelegáveis, não se enquadrariam na categoria de serviços públicos, mas em uma especial, chamada de função pública, acabou por distinguir serviço público da função pública.¹¹¹

A prestação de serviços pelo Estado não é sinônimo de serviço público, por exemplo, as atividades monopolizadas pelo Estado, previstas no art. 177 da Constituição, são econômicas, em sentido estrito.¹¹²

Assim, o aspecto subjetivo dos serviços públicos deve ser considerado como vinculação especial com o Estado¹¹³, no sentido que o serviço possa ser desempenhado de forma direta ou indireta, e não pode ser adotado isoladamente, ao contrário, sempre aliado a outros critérios.¹¹⁴

¹⁰⁹ “O que houve foi o declínio da noção tradicional que passou a mostrar-se em dissonância com a realidade, em face da mudança de condições sociais traduzidas em vários procedimentos do Estado pós-liberal. Assim, a chamada crise refletia apenas a inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, realizadas sob modos muito diversos.” GROTTI, Dinorá A. M. *O Serviço...*, p. 60.

¹¹⁰ O critério subjetivo também é considerado orgânico pois, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público em sentido subjetivo é concebido como um organismo público, como uma parte do aparelho estatal, o que significa considerar a noção de serviço público como equivalente a um organismo. *Natureza...*, p. 152.

¹¹¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Op. cit.*, p. 58.

¹¹² Conforme leciona GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 127.

¹¹³ “O serviço público é sempre incumbência do Estado e depende, em última instância, do poder público: a sua criação corresponde a uma opção do Estado (...); a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-la direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade.” GROTTI, Dinorá A. Musetti. *O Serviço...*, p. 49.

¹¹⁴ “Na atualidade, o serviço público não significa necessariamente atividade prestada por órgão público. Porém, não se pode negar a presença orgânica da Administração, que não desapareceu, mas pode ser entendida de modo diferente do original.” GROTTI, Dinorá A. Musetti. *O Serviço...*, p. 48-49.

O aspecto material ou objetivo diz respeito à natureza da atividade e à tendência de o serviço público satisfazer necessidades de interesse geral, público ou coletivo, necessidades essenciais dos indivíduos, vale dizer, reporta-se à essencialidade da atividade. Sob este critério, a preocupação é com a qualidade da necessidade ou do interesse a ser satisfeito pela atividade. Esclarece Cretella Júnior, que toda atividade de interesse geral assumida¹¹⁵ pela Administração é serviço público.

Hely Lopes Meirelles destacou relevância à essencialidade e, portanto, ao elemento material do serviço público, ao considerar que os serviços públicos propriamente ditos são prestados pela Administração diretamente em razão de sua essencialidade e necessidade para o grupo social e ao próprio Estado. Enquanto os serviços de utilidade pública são convenientes, facilitam a vida dos indivíduos e da coletividade, mas não são essenciais e, desse modo, podem ser prestados diretamente ou por terceiros.¹¹⁶

A essencialidade de uma atividade pode ser adotada no sentido de separar os serviços próprios e impróprios. Os primeiros são considerados essenciais e são prestados diretamente pelo Estado, porque a sua natureza requer o emprego do poder de império, portanto, incompatível com a delegação. Denominam-se serviços *uti singuli*, dentre os quais podem ser citados a segurança pública, a iluminação pública e a defesa nacional. Os serviços impróprios, por sua vez, não gozam da mesma essencialidade dos anteriores e podem ser prestados por terceiros, mediante delegação da prestação. Também são conhecidos por *uti singuli* por reportarem-se a prestações divisíveis e fruíveis individualmente, com remuneração proporcional à utilização.

Confunde-se com o critério material o aspecto da *finalidade*, que determina a preponderância da finalidade coletiva e do fim social em todas as manifestações do serviço público.¹¹⁷

O critério formal diz respeito ao regime jurídico especial prestacional, exorbitante do direito comum.¹¹⁸ É um referencial adotado por grande parte da

¹¹⁵ O autor ressalta que assumir é responsabilizar-se e ser titular, portanto, é muito mais que simplesmente realizar ou prestar. CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 100.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 297.

¹¹⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Op. cit.*, p. 50.

¹¹⁸ De acordo com Villegas Basavilbaso, embora "poder público" seja elemento integrante da noção de serviço público, é indispensável diferenciar os regimes das atividades da Administração pois todas poderão ser serviços administrativos, mas não serviços públicos, uma vez que este está sujeito a

doutrina¹¹⁹ para identificar a noção de serviço público, mas também se entende que, por si só, não conforma propriamente um serviço público.

O regime de prestação de serviços públicos é eminentemente principiológico, informado pelos princípios específicos da continuidade, regularidade, generalidade, atualidade, eficiência, impessoalidade, igualdade, segurança, adequação¹²⁰ e modicidade, dentre outros pertinentes e gerais à Administração.

Na Escola do Serviço Público, Duguit, ao reconhecer um sistema formado pelo conjunto de regras que determinavam a organização dos serviços públicos e asseguravam o seu funcionamento regular e ininterrupto e identificar o direito público como o direito objetivo dos serviços públicos, traçou aspecto peculiar prestacional, mas não deu ênfase propriamente ao regime jurídico e sim à característica material.

Jèze dedicou grande relevo ao regime jurídico especial dos serviços públicos. Para ele, a qualidade de serviço público significava submissão a um procedimento especial.

Em posição semelhante, Agustín Gordillo considera um serviço como público por estar regido pelo direito público. O autor argentino nega veementemente a noção funcional ou essencial de serviço público, contudo, é categórico ao afirmar que não é o fato de a doutrina resolver estipular uma atividade como serviço público que ela passará a submeter-se ao regime jurídico especial. Isso seria apenas uma opinião pessoal pois essa determinação é dada pelo ordenamento jurídico.¹²¹

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a noção de serviço público apresenta uma dualidade: de um lado se identificam os aspectos material e orgânico e, do outro, o formal. De acordo com o autor os dois primeiros são extrajurídicos e o material quer dizer que as atividades são serviços públicos “em si mesmas”, apesar da ausência de reconhecimento legal, assim, serve de referência ao legislador mas não ao jurista. Para o autor, apenas o elemento formal traduz um conceito jurídico, por propiciar a localização do serviço público por intermédio de um sistema de

procedimento jurídico especial. *Derecho administrativo*. vol. III, 1951, p. 43. In: CRETELLA JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 95.

¹¹⁹ A exemplo, Gaston Jèze, Gordillo e Celso Antônio Bandeira de Mello.

¹²⁰ Nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei de concessões serviço adequado é aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

¹²¹ GORDILLO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. t. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. VI-59-61.

normas, de um conjunto de regras,¹²² de modo que o serviço público é aquele ao qual o legislador atribuiu um regime especial – o administrativo.¹²³

Bandeira de Mello adota uma concepção formal, aos moldes de Jèze, ao asseverar que a vontade legislativa de estabelecer um regime jurídico especial permite identificar o serviço público.

O publicista, posteriormente, atribuiu alguma importância ao critério material na noção de serviço público ao declarar que a mesma é formada por dois elementos: o substrato material, correspondente à prestação de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados e o traço formal, relativo à noção jurídica e consistente no regime jurídico de Direito Público, acrescenta o autor, em uma “unidade normativa”.¹²⁴ Contudo, o critério formal permanece decisivo em sua obra para a noção de serviço público pois afirma ser a submissão a regime jurídico de direito administrativo que confere o caráter jurídico da noção e o elemento material é simples suporte fático, portanto, insuficiente para configurar um serviço como público.¹²⁵

Diante desses pressupostos teóricos, Bandeira de Mello define serviço público como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público (...)”¹²⁶

Eros Grau adota entendimento contrário. Para ele, a conceituação de serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público representa um equívoco pois privilegia a forma em relação ao conteúdo e produz uma tautologia. A submissão a regime de serviço público decorre do fato de a atividade ser serviço público, e não o inverso.¹²⁷ Se adotada a concepção de o serviço público ser aquele submetido ao regime de serviço público, para configurá-lo, o legislador poderia transformar atividades econômicas em sentido estrito em serviços públicos apenas sujeitando-as ao referido regime, inclusive, em desrespeito ao art. 173.¹²⁸

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza...*, p. 167-168.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 169.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 645.

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 480-481.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 642.

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 119.

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. *Id.*, p. 136-137.

Marçal Justen Filho, ao analisar os critérios tradicionais, ressalta o material¹²⁹ uma vez que os outros dele decorrem e afiguram-se insuficientes para definir um serviço como público. As atividades prestadas pelo Estado - critério subjetivo -¹³⁰ não representam, necessariamente, serviços públicos, nem mesmo a submissão a regime de direito público - critério formal¹³¹. Assim, estes dois critérios não fazem que as atividades a eles sujeitas sejam serviço público, ao contrário, por ser público é que incidem os aspectos subjetivo e formal.¹³² Assim, o autor apresenta a relevância do critério material, que atribui às atividades de fornecimento de utilidades ao grupo social a característica de serviço público.¹³³

O conceito de serviço público para o autor é: “atividade pública administrativa de satisfação de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.”¹³⁴

Verifica-se na definição o relevo atribuído à materialidade do serviço público ao reportar que ele satisfaz “necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental”. Contudo, a definição também abrange o critério subjetivo ao ressaltar que é uma atividade pública, ou seja, atribuída à titularidade estatal mesmo que prestada por particulares¹³⁵ e o critério formal considera que a atividade é executada sob regime de direito público.

Em que pese a importância atribuída ao aspecto material, o autor comenta que inúmeros fornecimentos de utilidades representam atividade econômica em

¹²⁹ “O aspecto material ou objetivo é mais relevante do que os outros dois, sob o ponto de vista lógico. Os outros dois aspectos dão identidade ao serviço público, mas são decorrência do aspecto material. Certa atividade é qualificada como serviço público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais. Como consequência, essa atividade é submetida ao regime de direito público e, na maior parte dos casos, sua titularidade é atribuída ao Estado.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 482.

¹³⁰ Para Marçal Justen Filho, especialmente no Brasil, atividades estatais e competências básicas não são serviços públicos. *Teoria...*, p. 21.

¹³¹ “Uma questão fundamental, portanto, reside em determinar quando e porque uma atividade pode (ou deve) ser considerada serviço público e, desse modo, submeter-se a um regime jurídico peculiar. Então, considerar a questão sob o enfoque específico do regime jurídico fornece subsídios para responder à pergunta ‘o que é serviço público’ mas não propicia elementos para outra indagação fundamental, que versa sobre ‘o que pode ser considerado como serviço público’.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 21.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 20-21.

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 29.

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 478.

¹³⁵ Justen Filho complementa com a polêmica que há uma tendência ao surgimento de serviços públicos não estatais, mas esclarece que estes serviços não significam o desaparecimento de serviços públicos privativos do Estado. *Curso...*, p. 482.

sentido estrito. Desse modo, o aspecto material do serviço público é concebido no sentido de, quanto maior a possibilidade de a atividade satisfazer uma necessidade correspondente à dignidade da pessoa humana, maiores serão as chances de a referida atividade configurar um serviço público uma vez que o seu objeto direto e imediato seja a satisfação de direitos fundamentais no intuito de promover a existência digna do ser humano.¹³⁶ Marçal Justen Filho dispõe: “Sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um *serviço público*.”¹³⁷

Identificado, portanto, o critério material, a necessidade envolvida na prestação demanda satisfação obrigatória das atividades materiais aptas à tal satisfação, incumbida ao Estado, titular¹³⁸, sob regime prestacional diferenciado para promover a efetiva satisfação da necessidade objeto da prestação.

Marçal Justen Filho também entende que a titularidade estatal de alguns serviços públicos está relacionada à distribuição do poder na sociedade, ao controle do poder econômico privado no intuito de promover o equilíbrio social. Significa que a qualificação de uma atividade como serviço público também diz respeito a opções políticas sobre as funções do Estado e os valores jurídicos fundamentais por ele reconhecidos. Assim, o serviço público realiza fins eleitos por uma comunidade, consagrados pelo Estado e delineados na Constituição.¹³⁹

Juarez Freitas ressalta, do mesmo modo, o critério dos objetivos fundamentais do Estado Democrático para considerar a noção de serviço público.¹⁴⁰

Depreende-se que o serviço público, sob o critério material, por reportar-se às atividades de satisfação de necessidades relacionadas à dignidade da pessoa humana e aos fins e objetivos fundamentais do Estado, é abrangente, elástico e,

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 480.

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 30.

¹³⁸ Marçal Justen Filho, explicou na sua disciplina de mestrado da Universidade Federal do Paraná - Direito Econômico - 1º semestre de 2005, que o Brasil adota o critério ético para definir quais atividades devem ficar a cargo do Estado pois, se fosse adotado o critério técnico, muitas atividades seriam atribuídas à iniciativa privada por melhor desempenho eis que o Estado não é necessariamente o agente econômico mais eficiente.

¹³⁹ No Brasil, foi eleita a promoção da Democracia política, econômica e social, de forma que o serviço público deve propiciar o progresso econômico, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais, com respeito aos limites à intervenção no domínio econômico. Conferir JUSTEN Filho, Marçal. *Teoria...*, p. 34-35.

¹⁴⁰ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. Malheiros: 1995, p. 31.

necessariamente, mutável¹⁴¹ em razão da constante modificação das necessidades e dos objetivos conferidos ao Estado ao longo do tempo, do espaço e das mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas. Portanto, é improvável o estabelecimento estanque e invariável de atividades qualificadas como serviços públicos.

Odete Medauar expõe que uma atividade é considerada serviço público de acordo com a concepção política sobre o Estado e seu papel e aponta alguns objetivos que indicam se a atividade deve ser serviço público: evitar a especulação privada em certos setores; fornecer serviço aos menos favorecidos; preencher a atuação carente da iniciativa privada e propiciar o progresso técnico.¹⁴²

Vivian Lima, como contraponto ao exposto, alerta sobre a possibilidade de manipulação do conceito de serviço público por atrelá-lo aos objetivos fundamentais da República Brasileira eis que estes são vários e não há especificação do modo, momento e instrumentos. Segundo a autora, é temerário e preocupante remeter à discricionariedade do administrador e legislador a definição das principais características dos serviços públicos, em especial na realidade brasileira, cujo risco é a não percepção dos direitos do cidadão em razão do enfoque às utilidades a serem fornecidas aos consumidores.¹⁴³

Em que pese a relevância do argumento da autora e, muitas vezes, a constatação prática de manipulação do conceito, entende-se que o serviço público, necessariamente, vincula-se aos objetivos fundamentais da República. De tal modo, eventual desvirtuamento do instituto deve ser objeto de controle, fiscalização e punição mediante recurso aos diversos instrumentos jurídicos existentes.

Cretella Júnior conceitua serviço público em vista aos três critérios concebendo-o como “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante o emprego de procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.”

¹⁴¹ Vivian Cristina Lima López Valle demonstra preocupação com a materialidade da noção de serviço público fundada na dignidade da pessoa humana e nos objetivos fundamentais da República pois está sujeita à manipulação em razão de a caracterização do serviço público estar sujeita às políticas públicas. VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgard (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.529-533.

¹⁴² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4.ed. São Paulo: RT, 2000, p. 369.

¹⁴³ LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 85.

Os critérios tradicionais¹⁴⁴ também são utilizados por Luiz Alberto Blanchet na conceituação de serviço público como “a atividade assim considerada pela Constituição da República ou pela lei, atividade esta prestada de forma permanente submetida ao regime de direito público, executada concreta e diretamente pelo Estado, ou por aqueles a quem tal incumbência for delegada, visando à satisfação de necessidades ou à criação de utilidades, ambas de interesse coletivo.”¹⁴⁵

Para Cármem Lúcia Antunes Rocha serviço público “é aquele titularizado pelo Estado, destinado à prestação universal aos usuários, atendendo à sua demanda, sendo a sua natureza e prestação submetidas ao regime de direito público.”¹⁴⁶ Acrescenta a autora, ainda, que serviço público é o que “cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas.”¹⁴⁷

Vislumbra-se que os critérios auxiliam, em muito, a identificação dos serviços públicos e a atribuição de características próprias às atividades identificadas como tal. Não obstante, há algum tempo, tem sido retomado o tema da “crise do serviço público”¹⁴⁸ especialmente em razão de os tradicionais critérios não se adequarem às modificações pelas quais vêm passando os serviços públicos e, até mesmo, pela eventual “morte do serviço público”¹⁴⁹.

Os serviços públicos, não apenas no Brasil, estão sendo rediscutidos com maior intensidade a partir das décadas de setenta e oitenta e, principalmente, na década de noventa.

¹⁴⁴ O autor também agrega o pressuposto formal ao conceito, eis que esclarece que é serviço público aquele assim considerado por lei ou pela Constituição.

¹⁴⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 53.

¹⁴⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios...*, p. 507.

¹⁴⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Id.*, *Ibid.*

¹⁴⁸ Odete Medauar comenta que o termo *crise* referido ao direito administrativo representa a passagem para um novo momento de sua elaboração com modificação de antigas concepções. “Parece habitual a atitude de qualificar como crise a situação de renovação de antigas regras e equilíbrios. Também freqüente se torna a afirmação de que as crises constituem oportunidades de mudança dos sistemas humanos; é na medida que há crises dos modos de raciocínio assentados que surgem possibilidades de mudança.” *O Direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 2003, p. 266.

¹⁴⁹ Tese que tem como defensor Gaspar Ariño Ortiz. “El servicio público fue um instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo há terminado. Cumplió su misión y hoy – como dice José Luis Villar – hay que hacerle um digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo.” ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTÍNEZ, Juan Miguel de La Cuétera e LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. Martinez. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 1997, p. 22-23. In: SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría...*, p. 327-328.

Para Agustín Gordillo existe “crise do serviço público” localizada nos critérios subjetivo e formal, ou seja, na pessoa que o presta e no regime que o regula. De todo modo, o autor é crítico em relação a qualquer um dos critérios, pois, para ele, considerar apenas a finalidade conduziria aos serviços virtuais, cuja existência rechaça. Gordillo relativiza a necessidade de um regime exorbitante do direito privado pois os elementos pessoa que presta e finalidade a ser atingida não acarretariam, necessariamente, aquele regime e acrescenta haver atividades prestadas sob o regime derogatório sem atingir a finalidade de satisfação das necessidades coletivas.

Como os conceitos material e orgânico, na acepção de Bandeira de Mello, são extrajurídicos, a crise do serviço público somente pode ser localizada neles. Assim, tendo em vista que serviço público, para ele, corresponde ao ‘regime jurídico’, e que este é um conceito jurídico, conclui não estar o serviço público em crise e jamais poderá estar.¹⁵⁰

Carlos Ari Sundfeld, assim como Gordillo, afirma existir um interesse doutrinário não-desprezível na regulação, “o de oferecer um caminho que supere o impasse causado pela inutilidade, a essa altura, do velho conceito de *serviço público*.”¹⁵¹ Segundo ele, a inutilidade do serviço público, tendo em vista a utilidade de antes, decorre de dois fatores: de início, o conceito de serviço público esteve vinculado a um modelo econômico de exploração que está sendo abandonado em todo o mundo e, ainda mais grave, a tendência é que cada serviço estatal tenha um universo jurídico e peculiaridades próprias, o que põe em xeque a possibilidade e a utilidade de um conceito de serviço público.

Desse modo, estatui Sundfeld: “não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal ou qual.”¹⁵², isso se justifica, ainda, segundo o autor, porque os serviços de titularidade estatal estão sendo entregues à iniciativa privada e submetidos à competição, portanto, em evidente aproximação dos

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza...*, p. 169.

¹⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 32.

¹⁵² SUNDFELD, Carlos Ari. *Id.*, p. 33.

respectivos regimes jurídicos, o que representa a fragilidade do critério formal da noção de serviço público.¹⁵³

A suposta “crise” atual por que passam os serviços públicos pode ser identificada pelas adaptações destes aos diversos acontecimentos, dos quais se extraem três principais: avanços científico-tecnológicos, questionamento político, econômico e ideológico do modelo de Estado e do seu modo de atuação e modificações do direito comunitário europeu.

O desenvolvimento científico-tecnológico permite o surgimento de novas necessidades, formas prestacionais e organizacionais diversas, inclusive, possibilita o desmembramento e o isolamento de certas atividades, de modo a desqualificar certos segmentos como serviço público.

A evolução das tecnologias exerce muita influência sobre os serviços públicos, assim como as relações entre as pessoas, físicas, jurídicas, públicas, privadas e com o Estado. Isso aperfeiçoa e causa grande impacto nas exigências sociais de qualidade de vida em termos globais, como efeito da globalização.¹⁵⁴

A rediscussão dos serviços públicos também é reflexo dos questionamentos constantes, em grande parte por movimentos “neoliberais”¹⁵⁵, acerca do papel do

¹⁵³“A propósito, está em curso no Brasil um debate, um tanto surdo, quanto à possibilidade de de exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações e energia elétrica, ser feita em *regime privado*, o que foi previsto nas leis de reestruturação, com o intuito de introduzir a desregulação parcial desses setores (por meio de mecanismos como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a flexibilização dos preços, a ausência de garantia de rentabilidade etc)”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 33. Romeu Felipe Bacellar Filho, ao lado de Celso Antônio Bandeira de Mello e outros juristas, defende o regime jurídico administrativo para os serviços públicos prestados por particulares, de modo que não concorda com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo. Conferir BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. *Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. Interesse Público*, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, out./dez. 2002. p. 19-20.

¹⁵⁴ SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. Serviço Público: conceito, classificação e limites à gestão empresarial. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 393-448, p. 397.

¹⁵⁵ “O ressurgimento dos valores liberais deu-se após o descrédito das idéias keynesianas de intervenção do Estado na economia, embora de modo a garantir a manutenção do modo capitalista de produção. Costuma-se situar as origens destes delineamentos teóricos na “Escola de Chicago”, estribando-se, fundamentalmente, em dois eixos teóricos: o pensamento liberal de Friedrich Hayek – prêmio Nobel de Economia em 1974 – e o monetarismo de Milton Friedmann – prêmio Nobel de Economia em 1976. Toma forma definitiva no chamado “consenso de Washington”, que indica algumas reformas básicas, como o combate ao *déficit* público, o aumento da carga tributária e a melhoria da eficiência dos mecanismos de arrecadação, a intensificação dos processos de privatização, e a desregulação da economia, dentre outras.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 67. O questionamento sobre o Estado advém da característica de a política neoliberal de “destruir todos os ‘coletivos’ que servem para defender os indivíduos. A meta é deixar o indivíduo isolado no mercado, entregue às forças do mercado sem possibilidade de resistência. Daí o ódio contra o Estado e a vontade de destruir o Estado-nação. É um verdadeiro ódio. Como dizia Reagan:

Estado e dos seus limites de atuação nas atividades econômicas e serviços públicos. No final do século XX, o Estado de Bem-Estar passou a ser criticado e associado à ineficiência econômica do setor público, ao desperdício de recursos, à incapacidade de investimento, aos custos elevados e endividamento públicos¹⁵⁶ e a serviços públicos prestados de modo ineficiente.¹⁵⁷ Observa-se, assim, a tendência de o serviço público ater-se aos setores nos quais a presença do Estado é imprescindível.

Pedro Gonçalves relata que a Administração da segunda metade do século XX era de “prestações”. Ela satisfazia, por seus próprios meios, as diversas necessidades dos cidadãos, em uma época de “responsabilidade administrativa máxima”.¹⁵⁸

Durante as décadas de oitenta e noventa foram inseridas alterações no modelo de Estado interventor e prestador de serviços, “as raízes dessas alterações remontam às primeiras crises do Estado social por volta dos anos sessenta, e que viriam a tornar-se mais visíveis com o decurso do tempo: os gastos públicos exponenciais do sector público, a carga fiscal necessária para o seu financiamento, o défice público incontrolável, a ineficácia e a ineficiência da gestão pública.”¹⁵⁹ No intuito de remediar a situação, buscou-se maior liberdade individual e a livre concorrência; desse modo, enfatizou-se as idéias de privatização, fomento, parceria com o setor privado e desburocratização para o Estado alcançar eficiência na prestação dos serviços públicos. Medidas estas consideradas “privatização” em sentido amplo.¹⁶⁰

‘Não temos problemas no Estado, o Estado é o problema’. Trata-se de eliminar todas as intervenções do Estado na economia. O ideal neoliberal seria um Estado reduzido à função de polícia: o Estado que se limita a defender os direitos da propriedade e os contratos assumidos no mercado.” COMBLIN, José. *O Neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 21-22.

¹⁵⁶ Segundo Arnoldo Wald “A infra-estrutura, que abrange os transportes, a energia elétrica, os serviços portuários, as empresas de telecomunicação e outras tantas, está sofrendo uma redução progressiva dos seus recursos, provocando a impossibilidade de realizar novos investimentos e a obsolescência progressiva dos equipamentos, ameaçando não só o progresso econômico do país, mas, também, a sua própria segurança, com reflexos em todas as demais atividades empresariais.” WALT, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel; WALT, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 42.

¹⁵⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 65.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 8.

¹⁵⁹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital. (Org.) *Estudos de regulação pública – I*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 180.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 26.

Pedro Gonçalves aponta duas medidas para se “evitar a previsível falência do Estado”: a externalização dos fins estaduais, que se traduz na indução dos privados para a prossecução de tarefas públicas e a privatização das tarefas públicas.¹⁶¹

Grotti considera que o fracasso do socialismo e a revolução das comunicações ultra-rápidas e da informatização da sociedade propiciaram o descrédito no potencial do Estado como instrumento do progresso e da transformação, o que determinou o enxugamento dos encargos estatais e a devolução de atividades à iniciativa social. Influenciaram, inclusive, a entrega de tarefas até então desempenhadas apenas pelo Estado, de modo a ampliar o setor privado e a acentuar o papel da sociedade na escolha de seu próprio destino.¹⁶²

O reflexo das mudanças estatais nos serviços públicos é enfatizado por Vivian Lima ao considerar que o estudo do serviço público é o “estudo do elemento nuclear das definições do próprio Estado.” Assim, ao ser questionado o papel do Estado no século XXI, o seu aspecto intervencionista, também se está questionando a identidade do serviço público.¹⁶³

Marcos Juruena Villela Souto verifica uma “Reengenharia do Estado” pois não está a ocorrer apenas a redução da máquina estatal, mas o redimensionamento do Estado, inclusive, com novas funções.¹⁶⁴

O repensar dos serviços públicos no Brasil também é devido, de forma interligada, ao questionamento da atuação estatal e ao avanço técnico-científico, à formação da União Européia¹⁶⁵ e ao direito comunitário lá instituído, o que passa a ser brevemente analisado com o fim de comparar algumas diferenças relevantes entre os regimes para evitar-se a “importação” de instutos irrefletida e, especialmente, para dirigir enfoque à delegação da prestação de serviços públicos.

¹⁶¹ GONÇALVES, Pedro. *A Concessão ...*, p. 8.

¹⁶² GROTTI, Dinorá Musetti. *O Serviço...*, p. 65-66.

¹⁶³ LIMA, Vivian Cristina. *Administração...*, p. 62.

¹⁶⁴ SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3.

¹⁶⁵ “No âmbito europeu, junto a esta nova concepção do papel do Estado, o desenvolvimento do direito comunitário provocou a revisão da noção de serviço público. A implementação do ‘mercado europeu’, projetado pela União Européia, levou os respectivos países a abrirem mão de antigos monopólios e, assim, algumas das regulações dos grandes serviços públicos tiveram que ser adaptados ao processo de integração comunitária.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 69-70. Conferir: GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 187-197.

1.4.1 Algumas transformações dos serviços públicos no contexto da União Européia

Os serviços públicos, na Comunidade Européia¹⁶⁶, para compatibilizarem-se com o projeto de livre mercado, foram submetidos a uma lógica competitiva de mercado, o que acarretou a privatização de muitos deles.¹⁶⁷

A União Européia foi constituída sob uma política econômica de mercado e de liberdade de empresa, sob a mudança do modelo de organização jurídico-político dos Estados que a compõem e mediante a modificação da administração prestacional pelo controle e garantia, o que induziu à privatização dos serviços públicos não apenas em termos prestacionais, mas própria atividade.¹⁶⁸

Por incompatibilidade com o projeto comunitário, fundamentado na liberdade de empresa e no mercado, os serviços públicos, relacionados ao Estado, ao público e ao monopólio, tiveram de ser adaptados ao novo modelo mediante grandes modificações.¹⁶⁹ O serviço público, mantido em termos tradicionais, poderia comprometer o exercício de liberdades públicas relacionadas com a economia de mercado de base concorrencial, com a livre iniciativa e as liberdades de empresa e de circulação de bens.¹⁷⁰ “A eleição do princípio da livre concorrência, com todos os seus corolários (liberdade de empresa, liberdade de circulação de capitais, liberdade de prestação de serviços, etc.), como pilar estruturante da integração e da

¹⁶⁶ Em 1957, através do Tratado de Roma, foi constituída a Comunidade Econômica Européia, cujo objetivo foi o de instituir um mercado comum que assegurasse quatro liberdades comunitárias: livre circulação de bens, de serviços, de pessoas e de capitais, de modo que, de início o serviço público não recebeu grandes considerações. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 73.

¹⁶⁷ “O direito comunitário começou assim a dar passos no sentido de articular de modo incisivo uma generalizada aplicação do princípio da liberdade econômica e da concorrência, estabelecendo mesmo determinações vinculantes de liberalização e de proibição de reservas e de direitos exclusivos em sectores tradicionalmente considerados públicos ou estaduais.” GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 189.

¹⁶⁸ “(...) convém notar que não está em causa apenas uma forma de *privatização da gestão ou organizatória*, seja por via da figura concessória, seja pela transformação jurídica das organizações da Administração Pública (transformação de uma pessoa colectiva de direito público em pessoa colectiva de direito privado). Do que se trata é de facto de uma verdadeira privatização de actividades públicas, ou seja, de uma deslocação de certas tarefas do Estado para o mercado, do sector público para o sector privado (*privatização material*). Essa privatização material estende-se à generalidade dos sectores básicos, antes explorados por entidades do sector público em regime de monopólio, revogando-se, assim, a regra da imperatividade de existirem sectores básicos fechados à iniciativa privada, ou aos quais os privados apenas podiam aceder através de concessão.” GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 181. Necessário observar que as actividades privatizadas abrangem os serviços públicos considerados industriais ou comerciais, em geral, aqueles prestados em rede, não propriamente os serviços administrativos.

¹⁶⁹ Conferir GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 13-14.

¹⁷⁰ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 196.

construção de um mercado único acabou por impor a necessidade de colocar à disposição do mercado actividades e serviços até então nas mãos do Estado.”¹⁷¹

Lançou-se mão da privatização no intuito de transferir actividades para a iniciativa privada¹⁷², quebrar monopólios e inseri-las no mercado competitivo.¹⁷³ O modo de privatização muitas vezes adotado na União Europeia foi o material, no qual o Estado deixa de prestar e, também, de ser o titular das actividades consideradas serviço público. Em contraposição, ressaltou ao Estado, de um modo geral, a responsabilidade pelo controle e fiscalização das actividades e, nos casos dos serviços universais, a responsabilidade por assegurar e garantir a existência e a prestação destes, ao que se denomina “responsabilidade garantia”, exercida por intermédio da regulação.¹⁷⁴ Dessarte, a privatização dos típicos serviços públicos como energia elétrica, transportes e telecomunicações e a adoção da liberdade de empresa desoneraram o Estado da prestação de serviços. Firmou-se o Estado regulador, o qual deixa de ser responsável pela prestação dos serviços públicos para assumir a regulação do exercício destas actividades no mercado. Pedro Gonçalves comenta que o Estado, então, não se descomprometeu por completo com as actividades correspondentes aos serviços públicos.¹⁷⁵

De um modo geral, os serviços materialmente privatizados submetem-se ao direito privado concorrencial¹⁷⁶ e, por não serem mais titularizados pelo Estado, a prestação requer apenas autorizações ou licenças do Poder Público.

¹⁷¹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Id.*, p. 180.

¹⁷² “Nas duas últimas décadas do século XX, o discurso neoliberal varreu as economias mundiais. O vácuo teórico e a incapacidade de gestão dos Estados nacionais, fenômenos que se seguiram à crise pós-keynesiana, abriram espaço para os ardorosos defensores do Estado mínimo; a redução de suas dimensões foi apresentada como fundamental para resolver os problemas de um setor público estrangulado por suas dívidas.” DUPAS, Gilberto. In: DUPAS, Gilberto. (Coord.) *América Latina no início do século XXI: perspectivas econômicas, sociais e políticas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer e Fundação Editora da UNESP, 2005, p. 313.

¹⁷³ Ressalta Ana Maria de Oliveira Nusdeo que a privatização não se refere apenas à transferência de titularidade, mas também à criação de um ambiente de mercado e de concorrência nos setores privatizados. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências reguladoras e concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 159-189, p. 160.

¹⁷⁴ GONÇALVES, Pedro, *A concessão...*, p. 9-10.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 182.

¹⁷⁶ Algumas actividades, especialmente relevante, estão sujeitas não apenas ao controle e à fiscalização mas também à regulação, a qual excede o controle e sujeita os particulares a uma programação pública, ou seja, quando ela incide, o regime da actividade não é puramente privado. As actividades submetidas à programação passam a ser denominadas como: actividades de serviço universal, actividades de interesse económico geral ou actividades oneradas com obrigações de serviço público, cujo regime jurídico se aproxima do tradicional regime de serviço público. (GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, p. 16-17.) Significa que algumas actividades privatizadas além de submeterem-se à fiscalização, sofrem intensa regulação por sujeitarem-se às obrigações de serviço público e serem consideradas serviços universais, ou seja, são actividades essenciais e, por assim serem,

Nota-se, assim, que a privatização material ocorrida na União Europeia transformou profundamente o cenário prestacional pois: i) o Estado deixou de ser o titular dos serviços públicos, na sua grande maioria, embora tenha sido mantido, até mesmo enfatizado, o caráter de satisfação das necessidades com o denominado serviço universal e ii) desse modo, em que pese a obrigação de serviço universal para algumas atividades, quem as presta é a iniciativa privada, mas, como é a nova titular, mediante licenças e autorizações e não por intermédio dos contratos de concessão.

Na União Europeia verifica-se a tendência de “desaparecimento” do tradicional “serviço público”, substituído por categorias, estabelecidas por legislação, sujeitas à regulação, denominadas: serviços de interesse geral¹⁷⁷; serviços de interesse econômico geral¹⁷⁸; serviço universal¹⁷⁹ e obrigações de serviço público¹⁸⁰.

devem garantir o acesso de todos os necessitados, independentemente das condições sócio-econômicas e geográficas, ainda, a preços acessíveis.

¹⁷⁷ O “interesse geral” foi objeto das Comunicações COM(96) 443 e COM2000 (580) e designa “as actividades de serviços, comerciais, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas e, por esse motivo, sujeitas a obrigações específicas de interesse público. (...) acaba por se identificar com a noção de serviço público em sentido material, abarcando todas as actividades que representam um interesse geral para as comunidades e se encontram sujeitas a obrigações particulares e especiais”. Porém, o conceito reputado mais operacional é o de serviço de interesse econômico geral que similar, em alguma medida, com o conceito de serviços públicos econômicos em sentido objetivo, uma vez que são atividades prestadas mediante pagamento, mas submetidas às obrigações de serviço público. Depreende-se, desse modo, que os serviços públicos de natureza não econômica não são objeto das determinações comunitárias. GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 199-201.

¹⁷⁸ O conceito integrou o Tratado de Roma desde a sua versão originária, derivado da noção de interesse geral, ele “é uma noção central em direito comunitário que visa abarcar, num *supra conceito*, a totalidade de concepções dos países membros a propósito do ‘serviço público’ (em especial a construção do serviço público francesa e das *public utilities* anglosaxónicas).” GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 198.

¹⁷⁹ O conceito foi aplicado inicialmente às telecomunicações, segundo a declaração da Comissão da União Europeia – COM (96)0073 – C4 0205/96 – “corresponde à obrigação de fornecer acesso o acesso à rede telefônica pública e de disponibilizar um serviço telefónico acessível a todos os utilizadores que o requeiram”. O conceito de serviço universal também passou a ser utilizados para os correios, conforme dispõe a Diretiva 97/67/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997. GONÇALVES, Pedro. *A Concessão...*, p. 16, nota 27. Serviço universal é um conceito que, no direito europeu, serviu para “enquadrar o processo de liberalização do sector num determinado contexto de regulação social.” Ele pode ser considerado vizinho do conceito de serviço público ou um reforço a este, conforme lecionam Muñoz Machado e Malaret I García. De todo modo, não é um conceito que retoma a característica orgânica dos serviços públicos, ele se refere à satisfação das necessidades mínimas dos indivíduos, determinando a acessibilidade de todos os potenciais usuários. GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 205.

¹⁸⁰ Este conceito tem sido utilizado no direito comunitário em relação aos transportes aéreos e energia elétrica. A Diretiva 96/92 do Parlamento e do Conselho, em seu artigo 3º/2 estabelece que “os Estados membros podem impor às empresas do sector da eletricidade, no interesse económico geral, obrigações de serviço público relativas à segurança, incluindo do abastecimento, regularidade, qualidade e preço dos fornecimentos, e à protecção do ambiente”. “Trata-se portanto de limites à liberdade de empresa, cuja imposição é exigida por *razões de interesse público*”. GONÇALVES, Pedro. *A Concessão...*, p. 17, nota 28. As obrigações de serviço público formam um estatuto que

De acordo com Jacques Chevalier, os serviços públicos, no âmbito comunitário, são estruturados a partir da distinção entre serviços econômicos, sujeitos às regras da concorrência, e os demais, a partir da consagração dos serviços de interesse econômico geral, prestados por empresas públicas ou privadas, e do aparecimento do conceito de serviço universal.¹⁸¹

Os serviços de interesse econômico geral visam à compatibilidade com o mercado e as regras de concorrência¹⁸² e há quem defenda que a noção de serviço universal ultrapassa as tradicionais obrigações de serviço público – continuidade, igualdade de tratamento e adaptabilidade – pois o serviço universal não tem como foco apenas a disponibilização a todos, mas também a extensão da prestação em termos geográficos, a dimensão econômica-social no que se refere à tarifação, bem como a qualidade dos serviços.¹⁸³ “O serviço universal se apresenta como a opção atualizada – e objetiva – ao tradicional serviço público.”¹⁸⁴ Embora a organização e a prestação dos serviços públicos tenha se modificado, do ponto de vista do usuário, as alterações não causaram grandes repercussões, inclusive, considera-se que a posição do usuário foi ampliada em razão das obrigações de serviço público.¹⁸⁵

Segundo Pedro Gonçalves, as novas categorias do direito comunitário indicam a ruptura com o Estado do serviço público, mas, ao mesmo tempo, o comprometimento com algumas características do modelo sócio-econômico próprio da idéia de serviço público e de intervenção do Estado na economia,¹⁸⁶ uma vez que mantêm as obrigações estritamente necessárias a assegurar o mínimo prestacional e, simultaneamente, a prestigiar a livre concorrência.

Isso pode ser observado no art. 86, n. 2, do Tratado que instituiu a CE – antes nº 2 do artigo 90º - do qual se depreende que, não obstante a regra geral da concorrência na prestação de atividades qualificáveis como serviços públicos, ela deve ser excepcionada para não obstaculizar a missão, de direito ou de fato, incumbida aos serviços de interesse econômico geral. Dinorá Grotti relata que a aplicação por parte do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias do artigo 86,

engloba as condições às quais um serviço de interesse econômico geral ou universal se submete. GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 207.

¹⁸¹ CHEVALLIER, Jacques. *Le Service public*. Paris: PUF, 2006, p. 85-91, 99-101. A respeito, refere-se Dinorá Grotti, em: *O Serviço...*, p. 78-79.

¹⁸² GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 196.

¹⁸³ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Id.*, p. 206.

¹⁸⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 81.

¹⁸⁵ Conferir: GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 214 e nota 54.

¹⁸⁶ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Id.*, p. 197-198.

n. 2, “vem dando mostras de um sinal favorável a uma dimensão positiva da concepção de serviço público na órbita comunitária.”¹⁸⁷, especialmente se analisados os casos “Corbeau”, de 19.05.1993, e “Commune d’Almelo”, de 27.04.1994.¹⁸⁸

Observa-se no artigo 16 do Tratado de Amsterdã que os serviços de interesse econômico geral foram adotados como valores comuns da União Europeia e reconhecidos como promotores da coesão social e territorial, razão pela qual a Comunidade e os Estados-membros comprometeram-se a zelar para que esses serviços possam cumprir as suas missões.

No âmbito comunitário, as atividades antes denominadas por “serviço público”¹⁸⁹ são por atividades de interesse econômico geral com obrigações de serviço público ou serviços universais, mediante critério objetivo ou material, ou seja, de acordo com a essencialidade da atividade em vistas à necessidade a ser satisfeita e à garantia de acesso. As atividades que recebem estes encargos especiais de serviço público submetem-se à fiscalização e regulação intensas, eis que, se deixadas livres apenas ao mercado, as missões que lhes são inerentes não seriam atingidas. Assim, o regime das prestações, sujeitas às obrigações de serviços públicos, é híbrido: público e privado. Deste modo, as atividades privadas oneradas com obrigações de serviço universal ou de serviço público sujeitam-se a um regime jurídico muito próximo daquele tradicional dos serviços públicos.¹⁹⁰

Assim, algumas atividades, consideradas “serviço público”, sujeitam-se à regulação e são fiscalizadas mais de perto pelo Estado,¹⁹¹ a quem incumbe garantir

¹⁸⁷ GROTTI, Dinorá A. Musetti. *O Serviço...*, p. 76.

¹⁸⁸ O primeiro teve por objeto serviços postais e o segundo distribuição de energia elétrica, os acordos permitiram o aumento de tarifa na zona urbana para permitir a distribuição na zona rural e asseguraram a exclusividade prestacional para garantir a satisfação da missão de interesse geral à qual a atividade estava incumbida. Interessante conferir: JUSTEN, Monica Spezia. *Op. cit.*, p. 200-208.

¹⁸⁹ Segundo Pedro Gonçalves, “manter o conceito de serviço público (objectivo) para caracterizar as actividades privadas que nascem desse processo só pode explicar-se como uma tentativa desesperada de manter viva uma ideia que o ‘désengagement’ do Estado quis pôr abertamente em causa.” Ainda considera o autor que o conceito objetivo de serviço público tende a ser substituído pelo conceito de serviço universal. A razão do seu posicionamento deve-se ao fato de considerar o serviço público como “tarefa administrativa”, ou seja, como uma atividade, vinculada ao conceito de prestação, de titularidade e responsabilidade da Administração. GONÇALVES, Pedro. *A Concessão...*, p. 36 e nota 40.

¹⁹⁰ GONÇALVES, Pedro. *Id.*, p. 35.

¹⁹¹ De acordo com Carlos Ari Sunfeld o conceito exato de *regulação* é ainda muito incerto e flutuante, contudo, o seu surgimento tem um interesse doutrinário não-desprezível: “o de oferecer um caminho que supere o impasse causado pela inutilidade, a essa altura, do velho conceito de *serviço público*.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 32.

a realização dos fins sociais.¹⁹² Ao Estado, desse modo, compete a “regulação social”, que, entre outros fins, assegure o acesso de todos os cidadãos a certos serviços essenciais. O serviço universal e as obrigações de serviço público representam uma nova forma de realização daquilo que, apesar de tudo, continua a ser uma incumbência social do Estado.¹⁹³

Pedro Gonçalves assevera que o processo de “liberalização regulada” dos serviços públicos foi um combate à presença do Estado na economia, mas não um desrespeito às características materiais e formais da noção clássica de serviço público.¹⁹⁴

Se levados em consideração os critérios tradicionais do serviço público, observa-se que as transformações pelas quais o instituto passou na União Europeia resultaram na sua identificação a partir do critério material.¹⁹⁵ É o que se depreende ao verificar particulares prestando atividades, agora privadas, submetidas às obrigações de serviço público.

Com a privatização material ocorrida no âmbito europeu o aspecto subjetivo tornou-se desnecessário para identificar o serviço público. A titularidade do Estado sobre os serviços públicos passou para a esfera privada e, em regra, as atividades são desempenhadas em regime de competição. Essa desvinculação com o Estado da atividade serviço público propicia a propagação da denominada “crise” do serviço público, a qual seria, sob este ponto, uma crise do serviço público no seu aspecto subjetivo, a respeito da titularidade pelo Estado.¹⁹⁶

A inserção das atividades consideradas serviço público em âmbito de concorrência, especialmente, após a privatização material, que ocasiona a submissão ao regime privado, retira do aspecto formal a possibilidade de qualificar uma atividade como serviço público¹⁹⁷. As prestações consideradas serviços públicos econômicos, em razão da privatização material, “são agora atividades privadas, exercidas segundo a lógica do mercado.”¹⁹⁸

¹⁹² GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 182.

¹⁹³ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Id.*, *Ibid.*

¹⁹⁴ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Id.*, p. 186.

¹⁹⁵ “Material ou substancialmente, o serviço público é pois uma *actividade de interesse geral que satisfaz necessidades básicas dos cidadãos.*” GONÇALVES, Pedro. *A Concessão...*, p. 33.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços...*, p. 186.

¹⁹⁷ É certo que o aspecto formal, isoladamente, não tem o condão de caracterizar o serviço como público, nem mesmo o subjetivo.

¹⁹⁸ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Id.*, p. 182.

Apesar de as obrigações de serviço público ou de serviço universal aproximarem as denominadas atividades de interesse econômico geral do regime mais tradicional de serviço público – o de direito público – a inserção de mecanismos de competição na prestação destas atividades também aproxima este regime àquele típico das atividades econômicas – privado concorrencial.¹⁹⁹

Em razão da diversidade da concepção de serviço público nos diversos países que compõem a União Européia, em especial, na França, onde ocorreu grande embate em relação ao monopólio estatal de certas atividades e o princípio da não discriminação de empresas, que começaram a se instalar nos diversos países e do estabelecimento de regras de proteção à concorrência em detrimento da concepção de serviço público, por influência francesa, os Tratados de Amsterdã de 1997 e a Comunicação de 2000 dedicaram-se de modo especial às atividades econômicas de interesse geral por envolverem valores de solidariedade social. Desse modo, desde que asseguradas as obrigações de serviço público, a desmonopolização e a abertura para concorrência, com a admissão apenas dos monopólios naturais, tem sido a tendência observada naquele contexto.

1.4.2 Adaptação dos critérios tradicionais: serviço público “à brasileira”²⁰⁰

As adaptações dos serviços públicos no Brasil foram ensejadas por mudanças científico-tecnológicas, as quais viabilizaram novas formas prestacionais e organizacionais dos serviços²⁰¹, muitas vezes sob influência estrangeira, em especial norte-americana²⁰² e comunitária da União Européia²⁰³. A reformulação do

¹⁹⁹ BOURGES, Fernanda Schuhli. Transformações nos serviços públicos e a prestação por particulares. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviços públicos: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. (no prelo)

²⁰⁰ Termo utilizado por Almiro do Couto e Silva em: Serviço público à brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

²⁰¹ Eros Grau analisa que a informática, a microeletrônica e as telecomunicações propiciaram a “terceira Revolução Industrial”, da qual decorre a “globalização financeira”. *Op. cit.*, p. 55.

²⁰² Pedro Gonçalves ressalta que as modificações enfrentadas na União Européia – liberalização das indústrias de rede, direitos de acesso às redes públicas, regulação por instâncias administrativas especiais, sujeição das empresas a obrigações de serviço público ou de serviço universal – são inspiradas no modelo norte-americano das *public utilities*. GONÇALVES, Pedro. *A Concessão...*, p. 18.

²⁰³ “Mãe que foi dos serviços públicos, seguramente que o fim dos mesmos na Europa não deixaria de se repercutir negativamente também naqueles países, entre os quais o Brasil, onde os serviços públicos são, além do mais, uma condição material da própria democracia.” MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.1, p. 227-248, jan-mar, 2003, p. 247.

modelo de Estado²⁰⁴ vem ocorrendo desde a edição do Decreto-Lei 200/67, com ênfase na década de oitenta²⁰⁵, cujo momento decisivo foi a edição da Emenda Constitucional nº 19 de 1998. A proposta volta-se à redução da atuação direta do Estado e à substituição de um modelo prestacional por um regulatório, o que requer revisão da intervenção estatal na economia e, em especial, na prestação de serviços públicos.²⁰⁶

Impulsionado pelas privatizações internacionais, o Estado brasileiro tem alienado o controle acionário das empresas estatais tornando-as privadas; inúmeras atividades são concedidas e permitidas à prestação particular; o regime de prestação de serviços públicos tem sofrido repercussões do regime privado, como, por exemplo, a atuação na atividade mediante autorização; igualmente têm sido introduzidos mecanismos de concorrência entre os prestadores, os quais passam a submeterem-se à regulação e à defesa da concorrência, conforme relata Dinorá Grotti.²⁰⁷

²⁰⁴ Reporta-se que a primeira medida contrária à expansão da Administração foi o Decreto 83.740 de 1979, que adotou o Programa Nacional de Desburocratização. As primeiras privatizações surgiram no governo Figueiredo (1981-1984). Durante o governo Sarney várias empresas foram privatizadas e foi editado o Decreto 95.886/88 – programa federal de desestatização. No governo Collor (1990-1992) as privatizações ganharam impulso e foi instituído o programa nacional de desestatização pela Lei 8.031/90, revogada e substituída pela Lei 9.491/97. Além da privatização das participações acionárias, a gestão de serviços públicos também foi transferida ao setor privado por intermédio de concessões, permissões e autorizações. Conferir: SILVA, Almiro do Couto. Serviço público à brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, p. 45-74, out./dez. 2002, p. 54-55. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 149-150.

²⁰⁵ Iniciado na década de 1980, “o processo de globalização latino-americano foi encarado talvez como a única saída possível para a crise de endividamento externo deflagrada pelo colapso mundial do início dos anos 80 e dos processos hiperinflacionários que assolavam alguns desses países. No correr do período, os principais países da região foram adotando as políticas recomendadas pelo ‘Consenso de Washington’, doutrina formulada a partir de um documento original escrito por John Williamson, em 1990, que ‘propunha uma lista de dez políticas que deveriam ser adotadas como mínimo denominador comum das orientações das instituições internacionais sediadas em Washington – especialmente o FMI e o Banco Mundial – para os países latino-americanos.” DUPAS, Gilberto e OLIVEIRA, Fábio Villares de. *Op. cit.*, p. 25.

²⁰⁶ Jorge Luis Salomoni, em vista à Reforma, comenta sobre o constante questionamento em relação ao serviço público nestes termos: “En esta reforma, que implica una redefinición del Estado, y como principal preocupación del derecho público, irrumpe una ‘antigua-nueva’ discusión sobre los servicios públicos, tanto en lo atinente a la necesidad de la continuidad, reconfiguración o desaparición de la institución jurídica, como en lo que respecta al sujeto prestador del mismo y al poder de intervención del Estado en el servicio y en la economía. Digo que tal discusión es tan antigua como nuestro derecho administrativo y se renueva cada vez que están en discusión precisamente las funciones del Estado y la naturaleza de las relaciones que entabla con la sociedad y los particulares individualmente considerados.” SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria...*, p. 18.

²⁰⁷ GROTTI, Dinorá. *O Serviço...*, p. 156.

Aos moldes da União Européia, os monopólios de serviço público²⁰⁸ têm sido reduzidos mediante o afastamento do Estado das suas atividades prestacionais, auxiliado pela inserção de mecanismos de concorrência e de diversos prestadores privados.²⁰⁹

Eros Grau lança como contraponto à redefinição do papel do Estado e à política de privatização das estatais, a necessidade de verificar setores que, sob a óptica social, não deveriam ser remetidos aos particulares, como a saúde e a educação, além de outros nos quais atuam como agentes econômicos. O autor ressalta que a política neoliberal não se coaduna com os fundamentos expressos no art. 3º da Constituição de 1988 e com a norma prevista no art. 170, pois nestes artigos, e também no art. 1º, a Constituição delineia um modelo de bem-estar, ao qual o Executivo e os diversos programas de governo encontram-se vinculados. Em que pese as determinações constitucionais, de todo modo o neoliberalismo é anti-social e o desemprego, por ele propiciado na própria Comunidade Européia, é visível.²¹⁰ No Brasil, mesmo que a economia se recuperasse, o social pioraria, conforme prevê Francisco de Oliveira.²¹¹

A junção das inovações científico-tecnológicas e dos mecanismos concorrenciais propiciou o desmembramento e isolamento dos segmentos de algumas atividades, especialmente daquelas que se desenvolvem em serviços de rede, com intuito de desmonopolização e submissão ao regime de concorrência, a exemplo do que vem ocorrendo com a energia elétrica e as telecomunicações.

Depreendem-se, sim, inúmeras modificações nos serviços públicos, as quais instabilizam os critérios tradicionais da noção de serviço público. A partir das mudanças, há quem despreze a sua utilidade e afirme a sua “superação”²¹², porém,

²⁰⁸ Eros Grau diferencia o regime de privilégio, para os serviços públicos, do regime de monopólio, característico, em alguns casos, da atuação do Estado em atividade econômica em sentido estrito. Assim, a exclusividade na prestação de serviços públicos é privilégio e não monopólio. O autor acrescenta que mesmo se o serviço público for prestado por diversos concessionários ou permissionários, o suposto regime de competição instaurado é diverso da competição própria da atividade econômica em sentido estrito pois naquele ainda existe privilégio, porém, de mais de um prestador. *Op. cit.*, p. 140-141.

²⁰⁹ Necessário ressaltar que a quebra do monopólio público só é justificável, ainda que sujeita à análise de vários outros aspectos, em vistas de a atividade ser prestada por mais de um particular ou pelo Estado e um ou mais particulares, uma vez que o monopólio privado tende a ser mais prejudicial que o público.

²¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 47.

²¹¹ Neoliberalismo à brasileira. In: *Pós-neoliberalismo*, p. 26. Apud: GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 50.

²¹² “El servicio público fue um instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo há terminado.

a grande maioria de juristas, e o contrário não poderia ser, defende a “sobrevivência do serviço público”²¹³, ainda que mediante algumas novas características, reconhecendo-se um “novo serviço público”²¹⁴.

O “novo” serviço público tem como peculiaridade o combate aos monopólios e a inserção de mecanismos de competição, ressaltando-se apenas os monopólios naturais. No Brasil, a atribuição dos serviços públicos é feita ao Estado, em regra com exclusividade²¹⁵. Dessarte, de acordo com a atividade, o modo prestacional é determinado pelo ente titular da competência que pode ser: monopólio público, concorrência entre a prestação pública e privada, concorrência privada ou monopólio privado²¹⁶. A tendência é a prestação de serviços públicos não exclusiva, conforme prescreve o art. 16 da Lei 8.987/95, bem como a legislação do setor elétrico e a Lei Geral de Telecomunicações.

Convém discernir o monopólio de direito e a exclusividade prestacional, pois os serviços públicos, tendo em vista a titularidade única do Estado, tendem a ser monopólios. De acordo com Sarmiento García, em referência a Gaspar Ariño Ortiz, o monopólio de direito sempre existe, o que não significa, necessariamente, gestão

Cumplió su misión y hoy – como dice José Luis Villar – hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo.” ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTÍNEZ, Juan Miguel de La Cuétera e LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 1997, p. 22-23. In: SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría...*, p. 327-328. Carlos Ari Sundfeld conclui pela inutilidade da noção de serviço público, principalmente se comparada com a utilidade de antes e aponta duas razões fundamentais para tanto: por primeiro, o conceito de serviço público estaria vinculado a um modelo econômico de exploração que está sendo abandonado em todo o mundo e a segunda razão, mais séria, que, de acordo com o autor, põe em dúvida a viabilidade de existência de um conceito de serviço público, refere-se ao fato de que cada serviço estatal, hoje, é objeto de um universo jurídico com peculiaridades muito próprias, impossibilitando um conceito global. As competências do Estado têm de ser identificadas de forma analítica em relação a cada serviço e situação. SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 32.

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 498. Jorge H. Sarmiento García comenta que: “frente a quienes hablan de crisis de la noción, y a quienes propician su supresión (...) **estimamos apropiada la subsistencia del concepto**, por cierto que debidamente enquistado, como también clarificar acepciones y pulir vocablos, buscando incluso que puedan significar lo mismo para todos. **Tratándose – reiteramos – de una expresión de incuestionable vigencia y de difícil desarraigo, es menester entonces exponer una ajustada acepción de ella**, permisiva de la subsistencia del concepto dentro de um encuadramiento jurídico eliminatório de los excesos.” (grifou-se) GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. *Op. cit.*, p. 3.

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoría...*, p. 36-44.

²¹⁵ Ressalvada a tendência no sentido da titularidade não exclusiva, como ocorreu com os serviços de telecomunicações, sujeita a limites e considerações variadas, além de possíveis questionamentos.

²¹⁶ O monopólio tende a ser uma disfunção econômica, eis que a competição permite ganhos de eficiência na prestação dos serviços, razão pela qual os monopólios “não deveriam ocorrer”, principalmente monopólios privados. Assim, é recomendável que as privatizações sejam precedidas da eliminação dos monopólios, com abertura competitiva, caso contrário, o monopólio público torna-se privado.

exclusiva pois a Administração pode outorgar uma ou muitas concessões. Os serviços prestados diretamente tendem a representar monopólio²¹⁷.

Para evitar a exclusividade prestacional, algumas atividades podem e devem ser dissociadas em etapas, assim alguns segmentos podem ser prestados sob competição, por diversos prestadores e, também, para se evitar o abuso do poder econômico causado pelo controle de um único prestador detentor de vários segmentos de uma mesma atividade. Inclusive, alguns segmentos de uma dada prestação podem deixar de ser considerados serviço público.

O monopólio, após segmentação da atividade, tende a restringir-se, em regra, às redes, cujas estruturas configuraram monopólios naturais²¹⁸. A fim de se prestigiar os interesses dos usuários e a própria concorrência, é recomendável que o detentor do segmento monopolizado não seja, também, prestador de outro segmento inserido na competição²¹⁹, pois, se assim ocorrer, os efeitos benéficos da concorrência poderiam ser prejudicados pelo subsídio cruzado, no qual há repasse dos custos da etapa sujeita à concorrência para o serviço monopolizado, elevando-se as tarifas deste e eliminando-se os concorrentes daquela etapa.

O próprio monopólio, característico das infra-estruturas, não impede, de modo absoluto, a competição no seu uso, pois ao proprietário ou ao detentor da exploração não é conferido o direito de monopolizar a utilização da estrutura, ao

²¹⁷ GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. *Op. cit.*, p. 19.

²¹⁸ “Com efeito, tradicionalmente, os setores de infra-estrutura eram definidos como *monopólios naturais*, isto é, uma atividade na qual os custos de produção por uma única empresa – em um determinado nível absorvível pelo mercado – são decrescentes à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até alcançar toda a produção do mercado. Seus custos em regime de monopólio, assim, são inferiores aos em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois os altos custos exigem a produção em grande escala, e o mercado absorve apenas a oferta de uma empresa nesse nível de produção. Assim, seriam as próprias condições estruturais desses setores que impediriam a sua organização em regime de concorrência. A existência de monopólios naturais exige a proteção dos consumidores contra os seus malefícios, sendo a regulação a solução apontada pela doutrina econômica para lidar com essas estruturas de mercado. As formas mais comumente associadas à regulação de monopólios naturais são a nacionalização das empresas atuantes no setor e/ou a criação de órgãos reguladores. Em termos substantivos, implica o estabelecimento de um mecanismo de preços administrados e a proibição da entrada de agentes no setor, a fim de permitir o aproveitamento dos ganhos de eficiência, presumivelmente associados à exploração da atividade em regime de monopólio.

Alterações de elementos do processo de produção ou do mercado porém, podem mudar a definição de setores como monopólios naturais. Essas modificações podem ser relacionadas à demanda, quando o seu crescimento expande o mercado, permitindo a acomodação de mais empresas produzindo numa escala viável, ou, ainda, à oferta. Nesse último caso a variável mais importante é o progresso técnico, que tende a reduzir a escala eficiente de produção, diminuindo os seus custos fixos e a proporção desses no custo total do produto ou serviço. Além do progresso técnico, a redução dos preços de insumos também pode propiciar o fim de uma estrutura de monopólio natural.” NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Op. cit.*, p. 161.

²¹⁹ Exemplo, não é aconselhável que aquele que explora a transmissão de energia elétrica, em regra monopolizada, também preste o serviço de distribuição.

contrário, deve ser propiciado o acesso à rede à todos os prestadores, em compartilhamento da infra-estrutura²²⁰. Diante das características técnicas, é possível que o compartilhamento não ocorra simultaneamente, como na rede de trilhos ferroviários, mas, por exemplo, na energia elétrica a concomitância é possível, inclusive, entre atividades completamente distintas.²²¹

Sem dúvida, o compartilhamento é muito mais produtivo quando aquele que explora a rede não é prestador de outro segmento da atividade. Assim não há interesse em monopolizar, em seu próprio interesse, o acesso à rede em detrimento de outros prestadores ou em praticar subsídios cruzados. A concorrência nas outras fases da mesma cadeia de produção depende da garantia de acesso à rede, ao que se denomina doutrina das *essential facilities*²²², que tem como correspondente no campo econômico a doutrina do *third party access*.²²³ O compartilhamento, por beneficiar a concorrência e, conseqüentemente, trazer inúmeras vantagens ao usuário, vem tornando-se compulsório, quando possível. Não se admite que o titular de uma infra-estrutura se prevaleça, reserve a utilização de um bem, de forma a impedir o acesso de outros competidores²²⁴. Sem dúvida, se o titular necessita integralmente da estrutura para a sua exploração empresarial, não há como compartilhá-la. Importante ressaltar que o compartilhamento não é gratuito, é feito mediante remuneração proporcional, sendo proibidos valores irreais que inviabilizem a concorrência e aumentem a tarifa desnecessariamente²²⁵. Depreende-se que o compartilhamento é um instrumento de intervenção do Estado e promotor da livre concorrência.

²²⁰ A utilização por vários prestadores de uma determinada estrutura denomina-se compartilhamento. Ressalta-se a sua especial importância em razão de grande parte dos serviços públicos serem prestados em sistema de rede, a qual tende a ser um monopólio natural.

²²¹ Por exemplo, é comum o compartilhamento da rede de distribuição de energia elétrica com a telefonia fixa.

²²² No direito brasileiro, após as transformações ocorridas nos serviços públicos, a doutrina das *essential facilities* tornou-se indispensável e tem sido objeto de regulação pelos diversos setores, inclusive em conjunto, como é o caso da Resolução Conjunta 001, de 24/11/1999. A aplicação tradicional da teoria tem como requisitos: i) o controle de um bem fundamental para a concorrência; ii) a inexistência e a impossibilidade de haver outro bem; iii) a negativa de uso do bem e iv) a possibilidade física e técnica de interconexão. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 331.

²²³ Fugiria do objetivo deste trabalho tecer maiores considerações acerca do tema, de todo modo, é salutar conferir estudo detalhado em: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 233, p. 311-371, jul./set. 2003, p. 342-371. e em GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 330-335.

²²⁴ O detentor do controle sobre a rede submete-se à fiscalização das agências reguladoras e às punições no âmbito da proteção à concorrência, pois a recusa de acesso pode configurar abuso de posição dominante e domínio de mercado. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Op. cit.*, p. 171.

²²⁵ O tema será retomado a seguir quando da análise das tarifas e a questão do acesso aos serviços públicos.

Outro mecanismo de concorrência e acesso às redes é a interconexão, que determina a utilização de padrões técnicos compatíveis à utilização pelo maior número de prestadores para a atenuação do efeito de rede e, assim, permite a ampliação da utilidade e a redução de custos devido ao maior número de usuários. Diante do dever de interconexão, é vedada a adoção de soluções técnicas distintas como subterfúgio ao monopólio, salvo se a utilidade a ser desenvolvida, efetivamente, for destinada a alguns usuários.

Considera-se que o “novo” serviço público tende a reduzir os monopólios e sujeitar-se ao regime concorrencial e fundamenta-se na constatação prática de que amplia os benefícios para a coletividade; assim, justifica-se na medida em que produz o melhor resultado para o interesse público concreto, consubstanciado na realização da dignidade da pessoa humana.²²⁶

Em verdade, a concorrência, especialmente nos serviços públicos, não pode ser encarada como um valor em si, mas como um instrumento de realização da finalidade dos serviços públicos e, deste modo, será legítima enquanto capaz de realizá-la.²²⁷

Em termos gerais, é viável a abertura para o mercado e a inserção de mecanismos de competição nos serviços públicos. No entanto, todos os mecanismos de adaptação dos serviços públicos devem ser adotados apenas na medida em que sejam compatíveis com a sede constitucional do instituto no Brasil e que, de acordo com a realidade brasileira, efetivamente promovam o acesso e a dignidade da pessoa humana, fim necessário e inafastável dos serviços públicos. Do contrário, estar-se-á violando o texto constitucional e desvirtuando a racionalidade e destinação dos serviços públicos, cuja existência é indispensável, pelo menos, ao Brasil.

O questionamento acerca do papel intervencionista e prestador do Estado, não obstante relacionado aos serviços públicos, não significa o questionamento do serviço público, mas do papel do Estado. Não se discute o serviço público e sim o modelo de Estado e a prestação estatal de serviços públicos.

Marcos Juruena Villela Souto considera serviço público a atividade assegurada, regulada e controlada pelo Estado por ser essencial ao desenvolvimento da sociedade. Contudo, a Constituição e as leis são incumbidas de

²²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 44.

²²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 323.

determinar o tamanho do Estado que a sociedade almeja de acordo com as necessidades materiais e condições financeiras.²²⁸ De tal modo, “na realidade a noção de serviço público não está em crise, mas encontra-se sendo redimensionada de acordo com o permanente processo de evolução e transformação por que passa o Estado interventor.”²²⁹ A crise decorre da dificuldade em delimitar as atividades públicas das privadas e, assim, identificar a noção de serviço público.

Paulo Motta, a partir das considerações de Muñoz Machado, enfatiza que o serviço não está em crise. Apenas alguns serviços, em especial o de telecomunicações, tiveram avanços tecnológicos que ultrapassam a configuração jurídica anterior.²³⁰

Cármén Lúcia A. Rocha vislumbra que as práticas governativas e administrativas neoliberais, que desde a década de 70 vêm sendo adotadas, afetam a noção, o regime e a execução dos serviços públicos, de modo que se verifica o aparecimento do “direito de parceria”, até mesmo em “substituição” ao “direito dos serviços públicos”.²³¹

Em que pese algumas transformações, a própria Constituição oferece orientações para determinar quais atividades devem ser consideradas serviço público, conforme ressalta Eros Grau ao lembrar que Rui Cirne Lima afirmou: “A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela.”²³²

A noção de serviço público no direito brasileiro tem bases constitucionais, portanto, as adaptações não podem afetá-la substancialmente, sob pena de inconstitucionalidade. Contudo, verifica-se, sim, que os tradicionais critérios são afetados pelas modificações que vêm ocorrendo, brevemente esboçadas acima, de

²²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 9.

²²⁹ LIMA, Vivian Cristina. *Op. cit.*, p. 62.

²³⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 118.

²³¹ ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *Princípios...*, p. 508-509. De acordo com a autora, apoiada na doutrina mais recente, a parceria no Direito Público traduz a relação entre um particular e uma entidade pública na qual se ajusta a elaboração de um trabalho ou a prestação de serviço para atendimento de um interesse público devido pelo Estado à sociedade, de modo que o particular não altere a sua personalidade nem seus fins e sem integrar a Administração. ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *Id.*, p. 510.

²³² LIMA, Rui Cirne. *Pareceres (Direito Público)*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963, p. 122. Apud: GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 125.

modo que não garantem, por si sós, a qualificação de um serviço como público.²³³ Porém, ainda são fundamentais para identificar o serviço público e, inclusive, para auxiliar na utilização da concessão de serviços públicos.

Apesar de o “novo” serviço público estar sujeito à “alteração significativa no elemento subjetivo, pois interpreta-se indispensável o estabelecimento da concorrência na sua prestação, dada a ineficiência estatal”²³⁴, tem-se que a titularidade estatal não pode ser afastada, deve ser mantida, bem como a responsabilidade do Estado pela prestação dos serviços públicos e o seu correspondente dever de controle e fiscalização.

A respeito, ainda, do aspecto subjetivo e também do regime jurídico, Vivian Lima, diante do contexto comunitário, verifica uma mudança epistemológica no conceito de serviço público pois, segundo a autora

Antes, ao se tratar de serviço público, imediatamente se vinculava à titularidade estatal, concessões fechadas, regime de monopólio ou de exclusividade, prévia e administrativa fixação de preços, regulação da atividade ao mínimo detalhe e tempo definido. Atualmente, defende-se um sistema aberto, com liberdade de iniciativa econômica, através de entradas devidamente autorizadas, com estabelecimento de obrigações, liberdade na fixação dos preços e modalidades de prestação, livre concorrência, ausência de reserva de titularidade estatal e interesse público não estatal.²³⁵

As adaptações pelas quais vêm passando os serviços públicos e, por decorrência delas, a ampliação de prestadores de serviço público, geralmente em regime de competição, à semelhança do que tem ocorrido na União Européia, devem ser sopesadas, pois a realidade desta é diversa da brasileira. Lá, tem sido adotada a privatização material dos serviços públicos, o que significa que as

²³³ “Na prática mais frequente do Estado liberal, no serviço público encontravam-se reunidos três elementos: um organismo administrativo, uma actividade de interesse geral e um regime jurídico derogatório do direito comum. Ora estes três elementos foram-se dissociando: tornou-se corrente que uma actividade de interesse geral (serviço público no sentido funcional, ou ainda *missão de serviço público*) seja exercida por um organismo de direito privado, sob um regime que mistura direito privado e direito público, ou ainda (caso dos serviços económicos) que um organismo público (serviço público no sentido orgânico) se encontre colocado em princípio sob um regime de direito privado. Nestas condições tornou-se muito difícil e muito arbitrário dizer o que é ou o que não é um serviço público; a resposta varia conforme nos coloquemos no ponto de vista da natureza do órgão, no ponto de vista da sua missão ou ainda no ponto de vista do regime jurídico aplicável.” RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 193-194.

²³⁴ LIMA, Vivian Cristina. *Op. cit.*, p. 89.

²³⁵ LIMA, Vivian Cristina. *Op. cit.*, p. 90-91.

atividades privatizadas passaram do Estado para a iniciativa privada, portanto, os particulares tornaram-se os titulares das mesmas.²³⁶

No Brasil, em regra, observou-se a reprivatização, diga-se, a devolução de atividades desempenhadas pelo Estado, mas próprias da iniciativa privada, que não atendiam ao disposto nos artigos 170, 173 e 175, da Constituição da República, bem como a privatização, em sentido amplo²³⁷, da prestação e organização de serviços públicos, algumas vezes realizada por intermédio da venda de ativos, outras, por meio das concessões e permissões, de modo a reduzir as atividades prestacionais do Estado, sem, contudo, retirar a sua titularidade.²³⁸

Não obstante as diversas concepções de privatização, no contexto do presente trabalho é importante considerar a privatização em sentido amplo, organizacional e formal, de modo a abranger formas de relação da iniciativa privada

²³⁶ A privatização material, por ocasionar a transferência da titularidade estatal para a iniciativa privada, propicia a prestação da atividade independentemente de outorga estatal apenas mediante autorização/licença e ao Estado resta a responsabilidade de controle e garantia. Contudo, esta responsabilidade garantia do Estado, oriunda da privatização material de serviços públicos, não equivale à típica responsabilidade estatal pela prestação de serviços públicos, enquanto atividade pública, a qual persiste mesmo quando ocorre a privatização da prestação de serviços – organizacional ou formal – verificada nas concessões e permissões de serviços públicos. Esclarece Pedro Gonçalves que “a atenuação das responsabilidades públicas promovida pela concessão de serviços públicos é um fenómeno substancialmente diferente daquele que hoje o conceito de administração de garantia pretende representar: a diferença resulta de a concessão ser uma técnica de privatização organizatória ou formal de uma tarefa que continua sendo pública e de o conceito de administração de garantia estar ligado à privatização material de tarefas públicas, ou seja, a um processo de deslocação da actividade do Estado para a sociedade, de conversão da actividade pública em actividade privada.” GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 12. Cretella Júnior ressalta a diferença entre assumir, que é responsabilizar-se, e ser titular, que é muito mais que simplesmente realizar ou prestar. CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 100.

²³⁷ A privatização ocorrida no Brasil pode ser qualificada sob dois enfoques: em sentido estrito e amplo. O primeiro diz respeito à venda de ativos de empresas estatais ao setor privado, nos termos da Lei 8.031/95. Neste sentido, privatizar é transformar uma empresa estatal em privada. O sentido amplo de privatização reporta-se a todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado, o que compreende a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado – privatização em sentido estrito -, a concessão e a permissão de serviços públicos a empresas privadas. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 14.) Francisco José Villar Rojas esclarece que o termo privatização foi utilizado com o intuito de abranger diversas iniciativas governamentais dirigidas, em princípio, “a incrementar o papel do setor privado e, paralelamente, a reduzir o intervencionismo estatal na economia. É um conceito que engloba vários meios destinados a mudar a relação entre o Governo e o setor econômico privado, distintos e em grande medida alternativos entre si.” Para ele, privatização é “a redução da atividade pública na produção e distribuição de bens e serviços, mediante a passagem (por vezes, a devolução) dessa função para a iniciativa privada.” (Privatización de servicios públicos. Madri: Tecnos, 1992. *Apud*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 14.)

²³⁸ Eros Grau observa que o tema da privatização gera absoluta indeterminação e apresenta aspectos ignorados, em regra, pela doutrina. O autor divide o tema em: i) privatização das empresas estatais prestadoras de serviço público e ii) das empresas estatais que exercem atividade econômica e afirma que o debate que ignorar a referida distinção apresentar-se-á inócuo. Eros Grau identifica duas razões ensejadoras à privatização: o neoliberalismo e a necessidade de o Estado “fazer caixa”. E acrescenta que o tema não deve ser tratado genericamente porque cada caso é um caso. GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 287-288.

com o Poder Público²³⁹, em especial a concessão de serviços públicos. Ressalva-se ser possível considerar que a concessão não corresponde a um modo de privatização, conforme lecionam Eros Grau e Cármen Lúcia Antunes Rocha.²⁴⁰

Marcos Juruena Villela Souto comenta que a alienação do controle acionário não retira a titularidade prévia da concessão, que se mantém pelo prazo contratual. O administrador também pode alienar as ações simultaneamente com a realização de nova concessão ou com prorrogação da anterior, mediante licitação na modalidade leilão ou concorrência, nos termos do art. 27, I e II, da Lei 9.074/95. Contudo, o fato de a empresa deixar de ser paraestatal, não retira a qualidade do serviço como público e, desse modo, sob responsabilidade do Estado.²⁴¹

Não se pode olvidar que as noções de serviço público e de serviço de interesse econômico geral têm bases distintas, aquela é jurídica e esta é econômica, consubstanciada na idéia de mercado fundado na livre concorrência, relacionada às *public utilities* anglo-americanas.²⁴²

A noção jurídica de serviço público no direito brasileiro consolidou-se sob a concepção francesa²⁴³ de relacionar ao serviço público os três aspectos: formal, material e orgânico²⁴⁴.

A relação entre o serviço público no direito pátrio e a noção clássica francesa é reconhecida por Almiro do Couto e Silva pois aquele se destina a

²³⁹ Neste sentido, para Caio Tácito a privatização não significa apenas transferência de atividades à iniciativa privada, porque é, também, uma evolução nas relações entre serviço público e iniciativa privada, que se associam para prestar serviços à comunidade. Desse modo, repercutem no direito público duas tendências: a privatização e desburocratização da máquina estatal e o estreitamento da relação entre iniciativa privada e serviço público. O Retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 202, p. 1-10, out/dez., 1995, p. 5.

²⁴⁰ De acordo com Eros Grau não há nada de novo em "privatizar" mediante concessão e permissão de serviço público. *Op. cit.*, p. 289. Também, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, "Esses dois institutos – concessão e permissão – são instrumentos de delegação da execução do serviço público a particular-colaborador da Administração Pública, não parecendo haver, aqui, terceirização do serviço público, menos ainda qualquer forma de sua privatização, como pretendem alguns, pois a competência pelo e para o serviço permanece íntegra na entidade pública a quem o mesmo incumbe, segundo o sistema de repartição de competências constitucionais adotado." ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios...*, p. 517.

²⁴¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 49-51.

²⁴² SILVA, Almiro do Couto. *Serviço...*, p. 48-49.

²⁴³ Os serviços públicos, de linha francesa, em geral sempre pressupuseram ser atividades estatais, ainda que delegada a sua prestação aos privados, portanto foram associados como atividades públicas, sujeitas a regime de direito público e de titularidade do Estado, ou seja, não sujeitos à livre iniciativa. Estas características, aliadas a outras de índole técnica, científica e econômica, conduziram ao monopólio público de diversas atividades.

²⁴⁴ O assunto foi discorrido no artigo BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) *Serviço público*. Curitiba, Juruá, 2005, p. 45-80.

satisfazer interesse geral e é prestado por órgão estatal ou por particular, desde que mediante delegação. Assim, para a caracterização de um serviço como público é indispensável o liame orgânico entre ele e o Estado, de modo que uma atividade privada, independentemente do interesse geral que satisfaça, não caracteriza, por si só, serviço público.²⁴⁵

Diante da tendência de o serviço público realizar valores fundamentais eleitos pela Nação, Marçal Justen Filho alerta para a impossibilidade de despublicizar certos serviços públicos, uma vez que a sua prestação foi garantida constitucionalmente, como via de promover a dignidade da pessoa humana, a eliminação das desigualdades e outros valores fundamentais.²⁴⁶

A Constituição da República de 1988, ainda que de modo indireto, consagrou os três elementos de identificação dos serviços públicos: material, formal e orgânico. O aspecto subjetivo ou orgânico do serviço público encontra-se expresso no artigo 175 ao determinar a titularidade e responsabilidade do Estado pelos serviços públicos.²⁴⁷ A possibilidade de prestação indireta mediante concessão ou permissão ressalta que a transferência aos particulares só diz respeito à prestação das atividades, ou seja, mediante outorga e não privatização material, diga-se, sem transferência da titularidade. A concessão e a permissão pressupõem a titularidade do ente estatal, pelo qual é mantida.²⁴⁸

Alexandre Santos de Aragão observa que em razão do disposto no artigo 175 da Constituição, a titularidade estatal é requisito essencial para a caracterização de uma atividade como serviço público. Deste modo, enquanto não for

²⁴⁵ SILVA, Almiro do Couto e. *Serviço...*, p. 45-47.

²⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 59.

²⁴⁷ Ressalta-se, contudo, que há serviços públicos de titularidade não exclusiva do Estado, também denominados serviços sociais, como educação, saúde, previdência e assistência sociais. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coord.). *Direito do estado*. Novos rumos. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 31.

²⁴⁸ No âmbito do direito argentino Héctor Mairal defende não haver contradição entre a noção de serviço público e o caráter privado da atividade, de modo que é compatível a “titularidade” privada do serviço, mediante regulamentação estatal pois a característica fundamental é a obrigatoriedade de quem presta. Na acepção do autor, o serviço público não é atividade estatal mas privada rigorosamente controlada pelo Estado. La Ideología del Servicio Público, *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, nº 14, 1993, p. 428. Apud: IVANEGA, Miriam Mabel. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos: la experiencia argentina*. Caracas: Editorial Sherwood, 2006, p. 25. Contudo, de acordo com Jorge Salomoni, o conceito normativo de serviço público compreende a titularidade estatal. *Teoria...*, p. 126.

legislativamente descaracterizado como tal – despublicização – apenas poderá ser prestado pela iniciativa privada por meio de concessão e permissão.²⁴⁹

O texto constitucional não possibilita retirar a titularidade e a correlata responsabilidade do Estado sobre os serviços públicos. O Brasil, ao normatizar o conceito francês de serviço público, deu-lhe muito mais rigidez²⁵⁰ e, mediante esta particularidade formal, adotou um conceito de serviço público à brasileira.²⁵¹ Desse modo, as novas tendências de livre concorrência e prestação por particulares devem compatibilizar-se com os preceitos constitucionais brasileiros, que impedem a adoção de um conceito de serviço público sem vínculo orgânico com o Estado, portanto, a compatibilidade é muito mais difícil que na França, por exemplo.²⁵²

De acordo com Dinorá Grotti, “Na atualidade, o serviço público não significa necessariamente atividade prestada por órgão público. Porém, não se pode negar a presença orgânica da Administração, que não desapareceu, mas pode ser entendida de modo diferente do original.” A autora acrescenta que “O serviço público é sempre incumbência do Estado e depende, em última instância, do poder público: a sua criação corresponde a uma opção do Estado (...); a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-la direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade.”²⁵³

A concessão e a permissão de serviços públicos a vários prestadores privados constituem modos de inserção da concorrência e de quebra de monopólio, e vale dizer, estes institutos permitem o acompanhamento da “nova” concepção de serviço público, contudo, sem transferência da titularidade. O artigo 16 da Lei 8.987/95 incentiva tal medida e permite diferenciar a titularidade do serviço, estatal, e a não exclusividade prestacional, porque a titularidade estatal exclusiva não requer exclusividade prestacional.²⁵⁴ O recurso estatal à outorga da prestação de serviços aos particulares, desde que não afete a finalidade do serviço ou prejudique o usuário e seja compatível com a atividade, não parece, de um modo geral, encontrar óbices.

Romeu Felipe Bacellar Filho afirma o reconhecimento do disposto no inciso IV, do artigo 175, da Constituição da República “*o direito fundamental ao serviço*

²⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 330 e nota 57.

²⁵⁰ Em relação ao direito português, Vital Moreira ressalta que “é surpreendentemente exíguo o lugar dos serviços públicos na Constituição portuguesa” e reclama que “falta nomeadamente algo como o art. 175º da Constituição brasileira de 1988.” MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 244.

²⁵¹ SILVA, Almiro do Couto. *Serviço...*, p. 73-74.

²⁵² SILVA, Almiro do Couto. *Id.*, p. 73.

²⁵³ SILVA, Almiro do Couto. *O Serviço...*, p. 48-49.

²⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 314.

público adequado, como direito de exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade.” Aponta ainda que com este espírito – do direito fundamental ao serviço público adequado – deve ser feita a releitura da Constituição em relação aos serviços públicos, especialmente porque parte da doutrina tem se levantado contra o caráter público do regime de serviço público e defendido técnicas de transferência da execução do serviço público para privados como subterfúgio à fuga para o Direito Privado.²⁵⁵

As modificações pelas quais vêm passando os serviços públicos no Brasil diferem-se, em alguns aspectos, e devem divergir daquelas do contexto comunitário. O aspecto distintivo mais relevante diz respeito à manutenção, como regra geral, da titularidade estatal sobre os serviços públicos por força da Constituição da República. Diante do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que os serviços públicos são de titularidade estatal, ainda que não exclusiva, salvo possíveis despublicizações²⁵⁶. A rigidez normativa inviabiliza a privatização material, mas não impede, desde que em compatibilidade com o texto constitucional e com a finalidade dos serviços públicos, a redução da atuação direta do Estado, a desmonopolização e a conseqüente instalação da concorrência. Distintos, portanto, são os instrumentos promotores das transformações nos serviços públicos. Aqui, são relevantes instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos como a concessão e a permissão.

Desse modo, no Brasil, diante das transformações do serviço público, em especial, da privatização da prestação e da inserção de mecanismos de concorrência, depreende-se a relevância e atualidade dos institutos da concessão e permissão de serviços públicos, precedidos ou não de obras públicas.

E o critério material, indica ser o único que se mantém mais íntegro ao longo do tempo e em diferentes contextos, embora o conteúdo das necessidades essenciais seja variável.

²⁵⁵ Conferir a posição do autor em: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, out./dez. 2002.

²⁵⁶ Desde que a *publicatio* – transformação de uma atividade em serviço público – tenha ocorrido por lei infraconstitucional.

No contexto sócio-econômico brasileiro, caracterizado pelo reduzido acesso aos serviços públicos, a “sobrevivência” do instituto é ainda mais relevante.²⁵⁷ Em vistas à realidade, o serviço público demonstra ser um instrumento indispensável à garantia de direitos fundamentais e à promoção da dignidade da pessoa humana. O Estado não pode se isentar da garantia e do efetivo acesso aos serviços públicos.²⁵⁸ “A existência da Administração Pública, como aparelhamento do Estado preordenado à execução de seus objetivos, só se justifica pela prestação de atividades que sejam de interesse comum, de interesse público. A concepção originária da Administração não se desprende da idéia de prestação de serviços à coletividade.”²⁵⁹

Desse modo, defende-se o serviço público como “atividade material destinada ao atingimento do interesse público, permeada pelas idéias de necessidade e essencialidade e pela defesa intransigente da efetividade e materialização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988, especialmente aqueles ligados ao mínimo existencial e à própria dignidade da pessoa humana.”²⁶⁰

De acordo com Vivian Lima Valle, a noção de serviço público é imprescindível para a manutenção da satisfação das necessidades da coletividade, e, assim sendo, não pode deixar de existir e é extremamente necessária na reformulação do Estado brasileiro. A autora relembra que a prestação de serviços públicos, como satisfação de interesses públicos, é o fundamento do Estado Democrático de Direito, a partir do qual se constitui a República Federativa do Brasil;

²⁵⁷ A realidade sócio-econômica brasileira é demasiadamente heterogênea devido à precária distribuição de renda, ou seja, há pessoas com acesso aos serviços públicos e com muitas condições financeiras e há pessoas, muitas, que não têm acesso e também não podem recorrer aos serviços particulares, quando existem.

²⁵⁸ É possível verificar que Gaspar Ariño Ortiz, cuja teoria encontra várias críticas doutrinárias, ao concluir que o velho conceito de serviço público não satisfaz as necessidades e preferências da população e, por isto, propõe modificações, ressalta que as mesmas devem ser realizadas sem perder o que já foi conseguido: a existência de um serviço universal a todos os cidadãos em níveis básicos. (*El Nuevo servicio público*, p. 23-24. In: SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria...*, p. 330. Assim, compreende-se o que este estudo pretende evidenciar: os serviços públicos devem reportar-se à realidade brasileira. Ainda que extremamente heterogênea, ela demonstra que grande parte da população não é abrangida por serviços públicos em níveis básicos, portanto, no Brasil, o serviço público não é universal em níveis básicos, fato que evidencia a situação de carência de nosso país, que não pode e não vai conseguir avançar sem garantir, pelo menos, o mínimo necessário à manutenção da dignidade da pessoa humana.

²⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 172.

²⁶⁰ LIMA, Vivian Cristina. *Op. cit.*, p. 63.

portanto, se modificado, estar-se-ia comprometendo o conteúdo da Constituição e causando um retrocesso.²⁶¹

Uma vez que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado e a Administração Pública é o aparelhamento do Estado voltado à satisfação das necessidades coletivas, Bacellar Filho ressalta que a “legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais.”²⁶²

Ainda que a “crise” não seja do serviço público em si, mas da atuação do Estado, ressalta-se “a importância do critério material da noção de serviço público. A materialidade, ao traduzir que o serviço público deve significar o fornecimento de utilidades essenciais aos indivíduos, no intuito de satisfazer as necessidades essenciais como meio à manutenção da dignidade da pessoa humana, deve orientar toda e qualquer modificação estatal”.²⁶³

O critério material norteia a noção de serviço público desde a Escola do Serviço Público. Jèze, por exemplo, embora vinculasse o serviço público à vontade dos governantes, reconheceu como objetivo do serviço público a satisfação do interesse geral.

As considerações de Duguit são enfatizadas por Juarez Freitas ao atribuir razão ao publicista francês, observada a diferença histórica, quando este enfatizava a imprescindibilidade e a essencialidade que devem caracterizar o serviço público.²⁶⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro comenta haver unanimidade entre os autores a respeito do elemento material, pois todos consideram que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público.²⁶⁵

O critério material – de satisfação de necessidades gerais e interesses públicos - desempenha um papel relevante na noção de serviço público, na sua existência e manutenção e é aceito, de um modo geral, pela doutrina, em que pese as variações de seu conteúdo ao longo do tempo e nas diferentes localidades.²⁶⁶

²⁶¹ VALLE, Vivian Lima. O novo conceito de serviço público..., p. 547.

²⁶² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O Poder normativo dos entes reguladores...*, p. 14.

²⁶³ Conforme se afirmou em outra oportunidade BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) *Serviço público*. Curitiba, Juruá, 2005, p. 45-80, p. 75.

²⁶⁴ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p.33.

²⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 100.

²⁶⁶ Cesar Guimarães Pereira ressalta haver “uma tendência à adoção de critérios de natureza material para a identificação do que pode ser qualificado como serviço público.” *Op. cit.*, p. 269.

Este critério dá conteúdo ao serviço público, aos moldes dos objetivos e princípios do Estado Brasileiro insculpidos na Constituição da República, de modo que, assim, ele realize os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, viabilize a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, possibilite a erradicação da pobreza e da marginalização e reduza as desigualdades regionais e sociais.

Não obstante as modificações e inovações introduzidas no regime jurídico prestacional e a sua sujeição, em algumas situações, parcial, ao regime privado, o critério formal permanece a identificar a noção de serviço público, pois este, independentemente de quem o presta, é atrelado a um regime jurídico próprio e distinto do privado²⁶⁷ por trata-se de um dever estatal de assegurar a satisfação das necessidades essenciais e os direitos a tal satisfação. Adilson Abreu Dallari enfatiza a relevância do regime jurídico ao caracterizar o serviço a partir dele, além da essencialidade.²⁶⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o serviço público, assim como qualquer noção jurídica, “só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar.”²⁶⁹ Ademais, para o autor, é a submissão ao Direito Público, ao regime jurídico-administrativo, que atribui caráter jurídico à noção de serviço público pois a prestação de utilidade ou comodidade diretamente fruível pelos administrados sem subter-se a um regime administrativo configura um serviço governamental, mas não um serviço público.²⁷⁰

Vislumbra-se que, apesar das denominadas “crises” e das instabilidades às quais os serviços públicos estão sujeitos, todos os três critérios tradicionais da noção de serviço público continuam a auxiliar na identificação desta atividade, ora com maior ou menor intensidade. Não há como deixar de reconhecer-lhes validade e

²⁶⁷ “Pela noção de serviço público consegue-se obter um ponto de referência e de aglutinação de normas aplicáveis a certas situações, consolidando um dado regime de prestação. Tais situações necessariamente ligam-se ao pressuposto da relevância da atividade para a sociedade e da impossibilidade de seu exercício livre pelo mercado” LIMA, Vivian Cristina. *Op. cit.*, p. 61.

²⁶⁸ Direito ao uso dos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 211-215, 1996. p. 211.

²⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 644.

²⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 647 e 651. Para o autor, os serviços governamentais são aqueles que se referem à exploração econômica pelo Estado, quer seja em regime de monopólio ou de concorrência, p. 666.

utilidade, em especial, em vistas à Constituição da República²⁷¹ e, desse modo, a prestação dos serviços, se indireta, tende a ser via permissão ou concessão.

Depreende-se não haver uma “crise” nem um “novo” serviço público, apenas adaptações ao contexto atual, sem descurar dos tradicionais aspectos do instituto, premissa esta que é relevante para a análise da concessão de serviços públicos a seguir, eis que a delegação pressupõe a existência de serviços públicos, portanto, titularizados pelo Estado.

²⁷¹ Lúcia Valle Figueiredo expõe que mesmo com a crise da noção de serviço público, cabe conceituá-lo a lume de rigoroso critério, assim, ressalta os três critérios em sua conceituação da seguinte forma: “Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público.” FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 54-55.

2 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 O “IR E VIR” DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Ao longo dos anos, a relação entre Estado, Administração Pública e iniciativa privada foi recorrente. Em alguns períodos mostrou-se mais intensa e próxima e em outros mais distante, especialmente no que se refere aos serviços públicos e sua infra-estrutura. A oscilação de relacionamento iniciativa privada e Estado levou Caio Tácito a utilizar a expressão “O Retorno do Pêndulo”²⁷², eis que a atualidade encontra-se marcada pela participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos e na infra-estrutura.

A concessão em sua forma clássica subentende a associação do Estado ao liberalismo econômico.²⁷³ No século XIX, com o progresso técnico, o Estado liberal foi compelido a promover o desenvolvimento de setores não concorrenciais que demandavam atuação do Poder Público como estradas de ferro, gás e eletricidade. A concessão foi o instrumento capaz de desenvolver ditas atividades sob a autoridade do Poder Público, possibilitar o lucro capitalista, promover o progresso econômico e atribuir ao concessionário os possíveis riscos financeiros.²⁷⁴ Esta fase clássica foi marcada por concessões estáticas e rígidas. Os contratos eram de longo prazo e o concessionário tinha ampla liberdade, pois a fiscalização e intervenção estatais eram quase nulas.²⁷⁵

²⁷² TÁCITO, Caio. *O Retorno do pêndulo...*, 1995, p. 8. Artigo republicado em *Temas de direito público*. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 721-733. O autor comenta que as Constituições brasileiras da República demonstram alternância das variações do pêndulo institucional.

²⁷³ Registra-se que o contrato de concessão é o contrato administrativo mais clássico, mais estudado e mais antigo. Surgiu na Idade Média e constitui o modo mais importante de desenvolvimento da técnica contratual e permitiu desde o século XIX confiar a gestão do serviço público às pessoas privadas. No século XIX, com a construção e a exploração das estradas de ferro, a concessão atingiu o seu auge. BERBARI, Mireille et. al. *Délégations de service public*. Paris: Litec, Librairie de la Cour de cassation, 2000, p. 6, 8-9.

²⁷⁴ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 518. Comenta Marcos Juruena Villela Souto que o surgimento da concessão deu-se em razão de o Estado não possuir elevadas quantias e tecnologia e, assim, o Estado não teria lucro, mas também não sofreria riscos suportados pelo concessionário – *pacta sunt servanda*. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 11.

²⁷⁵ WALD, Arnoldo. O controle judicial das concessões. Anais do Seminário Jurídico “Concessões de Serviços Públicos”, Foz do Iguaçu, 8 e 9 de junho de 2001, p. 18-19.

No Brasil, a primeira participação conjunta do capital público e privado é apontada, a partir do Alvará de doze de outubro de 1808, que autorizou a criação do Banco do Brasil.²⁷⁶

Na segunda metade do século XIX, como decorrência do crescimento das cidades, aumento da população e das demandas, o capital privado, em especial o estrangeiro, exerceu importante papel no atendimento das necessidades coletivas. Neste momento surgiram os contratos de obra pública com vistas a amortizar e remunerar o capital investido, o que, posteriormente, em referência ao direito francês, fez surgir a concessão de serviços públicos.

Até a década de trinta do século XX o recurso do Estado às concessões foi intenso, regras previam a remuneração do concessionário pelo custo real do serviço, também determinavam revisões tarifárias e garantiam o equilíbrio financeiro do contrato.²⁷⁷

A noção de serviço público designava atividades realizadas monopolisticamente por particulares, mediante delegação, sob o regime de direito público e controle do Estado, ou seja, confundia-se com a própria noção de concessão.²⁷⁸

Após a primeira guerra mundial, não apenas no Brasil, mas em diversos países²⁷⁹, passaram a ser afirmados os direitos sociais e, no Brasil, especialmente a partir do movimento revolucionário de 1930. Para proteger estes direitos, o Estado realçou o intervencionismo. O Liberalismo não foi suficiente, passou a ser necessário tratar os desiguais de forma desigual e o modelo de Estado proposto foi o de Providência ou Bem-Estar Social.²⁸⁰

Com a inauguração pela Constituição de 1934 do Capítulo da “Ordem Econômica e Social”, cresce o nacionalismo e o “pêndulo” se direciona ao intervencionismo e a atuação estatal é cada vez mais acentuada, ainda que

²⁷⁶ Tácito, Caio. *O Retorno do pêndulo...*, p. 1.

²⁷⁷ Inclusive, diante do aumento do custo de prestação causado pelas Guerras Mundiais, por celeridade, optou-se por majorar as tarifas ao invés de extinguir o contrato para celebrá-lo com outro particular em novos termos. SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Op. cit.*, p. 11.

²⁷⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado...*, p. VI-3.

²⁷⁹ Na França o uso e desuso da concessão podem ser observados na obra de CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 12.ed. t.1. Paris: Montchrestien, 1998, p. 588-589. O autor afirma que se reconhece o século XIX como “era da concessão de serviço público”, sendo que a instabilidade econômica e monetária geradas pela Primeira Guerra Mundial perturbaram profundamente o sistema da concessão.

²⁸⁰ Neste momento não serão traçadas maiores considerações a respeito dos modelos de Estado, que devem ser destinadas para outra oportunidade. De todo modo a menção é salutar, pois a relação Estado-iniciativa privada depende diretamente do modelo de Estado.

mediante empresas privadas com participação estatal como empresas públicas e sociedades de economia mista²⁸¹, mas o recurso às paraestatais “não desnatura a finalidade pública do intervencionismo estatal. A sociedade do Estado não é tão-somente um fator econômico. É, essencialmente, um fato político.”²⁸² O declínio das concessões, além de ter encerrado a vigência de alguns contratos, também pode ser atribuído ao fato de a Constituição de 1934 ter proibido a garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos, aliado à subordinação das tarifas ao custo histórico do capital aplicado. As cláusulas ouro e a fixação em moeda estrangeira foram proibidas, ainda, a política extrema de redução das tarifas fez com que as concessões às empresas privadas não mais compensassem o capital investido, razão pela qual, passaram a ser outorgadas às empresas do Estado.²⁸³

Não obstante a Constituição de 1967 prever que as tarifas permitiriam a justa remuneração do capital e que assegurariam o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, na prática, a realidade era outra e a intervenção estatal era demasiada.²⁸⁴

O auge da atuação direta do Estado brasileiro em atividades econômicas e sociais foi na década de oitenta, nesta época existiam cerca de 582 paraestatais²⁸⁵. Apesar de estar vigente o decreto-lei nº 200/67 que previa, em seu art. 6º, III, como princípio fundamental da Administração Pública a descentralização e, no art. 10, §7º, recomendava que a Administração se desincumbisse das tarefas executivas, sempre que possível, transferindo-as à iniciativa privada, se capacitada na área, mediante execução indireta por contrato. No entanto, na década de oitenta, também

²⁸¹ No entanto, na sociedade de economia mista visualiza-se investimento de capitais públicos e privados.

²⁸² TÁCITO, Caio. *O Retorno do pêndulo...*, p. 3.

²⁸³ WALD, Arnoldo. *O controle judicial...*, p.19.

²⁸⁴ Na Argentina também se observou o insucesso das concessões, especialmente em razão da sobreposição de interesses privados em detrimento do bem geral. (É o que comenta Jorge Luis Salomoni transcrevendo trechos da obra de Arturo Sampay, membro informante da comissão revisora da Reforma Constitucional de 1949. SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria...*, p. 190. Agustín Gordillo resalta a insatisfação com o abuso do poder monopólico dos prestadores privados e da pouca capacidade do Estado em estabelecer limites. *Tratado...*, p. VI-3-4.) Iniciou-se em 1945 o período de estatização dos serviços públicos e consolidou-se com a reforma constitucional de 1949, que expressamente proibiu a concessão de serviços públicos, ao dispor: “Art. 40 ... Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares será transferidos al Estado, mediante compra o expropiación previa, cuando una ley nacional lo determine...”. Não obstante a Constituição ter sido derrubada em 1957 pelo Governo de fato, a intervenção estatal e o modelo de Estado monopolista e prestador de serviços públicos perdurou naquele país até 1989. SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria...*, p. 190 e 193.

²⁸⁵ Conforme cita Caio Tácito. *O Retorno do pêndulo...*, p. 5.

foi o momento de início da redução da intervenção²⁸⁶ e de busca, novamente, da iniciativa privada, identificado como o “retorno do pêndulo”, que vai de um extremo ao outro em busca de um equilíbrio.²⁸⁷

Arnoldo Wald, diante da dificuldade de o Estado ser onipresente e da necessidade de delegar e devolver à iniciativa privada algumas atividades, reconhece, na década de oitenta, o renascimento da concessão.²⁸⁸

As necessidades da coletividade, aos poucos, foram se ampliando, a extensão dos serviços também e a atuação estatal tornava-se heterogênea, hipertrofiada e, portanto, insuficiente e sem perspectivas de condições de melhoramento e atualização, não só em razão do crescimento excessivo e desmesurado, mas, em razão da chamada crise fiscal. Acontecimento que não foi isolado no país, pois também ocorreu em diversos países²⁸⁹, assim como a procura pela Reforma do Estado, da Administração Pública, com medidas de redução da atuação estatal em segmentos que permitem o desempenho pela iniciativa privada, transferência esta que se dá com a privatização em seus vários aspectos.²⁹⁰

Na acepção de Arnoldo Wald, na década de 90, retomou-se a concessão para combater o déficit de infra-estrutura, além do déficit público de natureza financeira. Deste modo, o ressurgimento da concessão não é de ordem filosófica nem ideológica, mas apenas fisiológica.²⁹¹

²⁸⁶ Em julho de 1979, com o Decreto n. 83.740 foi adotado o Programa Nacional de Desburocratização, que vem estabelecer restrição à novas paraestatais e diretrizes para o deslocamento de empresas públicas para o setor privado. Seguem-se os Decretos 91.991 e 95.886, respectivamente, de 1985 e 1988, aquele criou o conselho de privatização e o último o sucedeu com o conselho de desestatização. Até que em 1990 estabelecesse-se o Programa Nacional de Desestatização com a MP 155/90 convertida na Lei 8.031/90.

²⁸⁷ “O pêndulo que favorecia o domínio público sobre a economia, em áreas qualificadas, reverte um benefício da exploração privada de atividades produtivas, ainda que sob a vigilância do poder de polícia administrativa.” TÁCITO, Caio. *O Retorno do pêndulo...*, p. 7 e 10.

²⁸⁸ Conforme se verifica no artigo: Renascimento do Instituto da Concessão, RDA 171, jan/mar. 1988, republicado em WALD, Arnoldo. *Pareceres: direito das concessões*. vol. 3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 9-19.

²⁸⁹ Em 1994 o Banco Mundial relatou que entre 1988 e 1992 25 países adotaram programas de privatização. TÁCITO, Caio. *O Retorno do pêndulo...*, p. 5. Por exemplo, na Argentina, a partir de 1990 observa-se a retomada da proximidade da relação iniciativa privada – serviços públicos e Estado, com a lei 23.696 introduziram-se as privatizações e a participação do capital privado. SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria...*, p. 354.

²⁹⁰ A privatização, ora referida, é aquela conceituada de forma ampla, de modo a abranger todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado assim, neste sentido, compreende a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado e a concessão de serviços públicos a empresas privadas. Sendo que o conceito restrito de privatização abrange apenas a transferência de ações de empresas estatais para o setor privado; esta é a modalidade de privatização adotada pela Lei 8.031/95. Sob este enfoque, privatizar é transformar uma empresa estatal em privada. DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 14.).

²⁹¹ WALD, Arnoldo. *O controle judicial...*, p. 20.

A desestatização possibilitou também a desmonopolização de algumas atividades e, portanto, a abertura de mercados competitivos.

Caio Tácito esclarece que a privatização não significa apenas a transferência de atividades à iniciativa privada; ela se caracteriza por uma evolução nas relações entre serviço público e iniciativa privada, que se associam para prestar serviços à comunidade. Assim, identifica duas tendências para o direito público: privatização e desburocratização da máquina estatal e o fortalecimento da relação entre iniciativa privada e serviço público.²⁹²

É neste sentido que a Constituição da República de 1988 previu a possibilidade de prestação de serviços públicos mediante concessão e determinou que a matéria deveria ser regulada por lei, não obstante a Constituição de 1967 e outras também fazerem menção à lei ainda não editada.

Especialmente durante o período entre 1988 a 1995, quando então foi editada a Lei 8987/95, aguardou-se a regulamentação da concessão de serviços e obras públicas com grande ansiedade e otimismo.²⁹³

Até a edição da Lei existiam algumas leis estaduais esparsas a respeito da concessão, um Decreto Federal (nº 94002/87) e vários projetos de lei. Algumas concessões eram realizadas sem lei, como da Ferroeste do Paraná, no entanto, a ausência da lei dificultava o investimento do capital privado na prestação de serviços públicos.²⁹⁴

Em Seminário realizado no ano de 1993,²⁹⁵ Arnoldo Wald enfatizou que a legislação sobre privatização já estava aprovada, mas o mesmo não tinha ocorrido com a lei de concessões, que, “além de tardar a ser aprovada, justifica a imediata elaboração de lei sobre a matéria, a fim de evitar um risco de frustração do País, em

²⁹² TÁCITO, Caio. *O pêndulo...*, p. 5.

²⁹³ **Em pareceres de Arnoldo Wald, anteriores à edição da lei, é possível observar a apreensão doutrinária pela elaboração da lei, inclusive um forte movimento que ensejou na elaboração da lei paulista sobre concessões. Ainda, é possível verificar que existia a crença na possibilidade de as concessões solucionarem a crise na qual o país se encontrava, principalmente em relação ao déficit de infra-estrutura e investimento. WALD, Arnoldo. *Pareceres: direito das concessões*. 3 v. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.**

²⁹⁴ “É incontestável que o Brasil precisa investir rápida e maciçamente em infra-estrutura, em energia, em transporte e em comunicações. Por outro lado, o Estado não tem os meios para fazer os investimentos necessários, sem ameaça de chegarmos à hiperinflação, que destrói a própria sociedade. Trata-se, agora, de vencer o círculo vicioso que se formou, com um *déficit* de infra-estrutura agravando o *déficit* público e, conseqüentemente, a falta de recursos para o investimento em setores essenciais dos quais tradicionalmente cuidava o Estado.” WALD, Arnoldo. *Pareceres...*, p. 93.

²⁹⁵ Seminário *Alternativas para o Setor Elétrico*, realizado pela FIESP e outras instituições em São Paulo. WALD, Arnoldo. *Id.*, *Ibid.*

virtude da falta de recursos adequados para que as empresas concessionárias possam cumprir o papel que delas se espera.”²⁹⁶

Naquela mesma oportunidade, aquele autor vislumbrou a aproximação de uma terceira fase do instituto da concessão, após a primeira que foi eminentemente privada e estática e a segunda, dinâmica, mas geralmente explorada pelo próprio Estado. O momento apresentou-se próprio para conceder obras e serviços rentáveis, com gestão e riscos privados mediante colaboração, regulamentação e fiscalização do Estado. Fase esta cujo diferencial apresentava-se como a redução de conflitos de interesse entre concedente e concessionário, com a configuração da concessão como contrato de colaboração e parceria, um contrato associativo, no qual se conjugam interesses de participantes e usuários. Arnoldo Wald considerou que o renascimento desta concessão dependia de legislação clara e inequívoca, de recursos financeiros e, de uma modificação cultural na relação iniciativa privada Poder Público.²⁹⁷

Editada a Lei de Concessões, a respeito desta, Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que veio “possibilitar a implementação – nos termos de uma política sócio-liberal – da tão sonhada e decantada parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, propiciando a realização de empreendimentos que, sem dúvida, quanto aos seus objetivos finalísticos, podem atender às exigências do bem-comum.”²⁹⁸

Atualmente, com a Lei de Concessões devidamente editada e com mais de dez anos de vigência, o cenário de déficit de infra-estrutura, a necessidade de maiores investimentos nos serviços e obras públicas ainda é veemente.²⁹⁹ Identificam-se vários interesses contrapostos e muitas vezes a almejada “associação” não se verifica, nem mesmo a universalização do acesso aos serviços

²⁹⁶ WALD, Arnoldo. *Id.*, *Ibid.*

²⁹⁷ WALD, Arnoldo. *Id.*, p. 99-100.

²⁹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Natureza contratual das concessões e permissões de serviço público, p. 58. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu-PR, 8 e 9 de junho de 2001.

²⁹⁹ Romeu Felipe Bacellar Filho demonstra apostar no sucesso das concessões, mas com ressalvas, ao expor que “A lei das Concessões e Permissões, ansiosamente aguardada, cujos preceitos ainda estão sendo dissecados pela doutrina nacional, haverá de propiciar, e, por certo tem propiciado, excelentes parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada. Espera-se, sinceramente que, mercê de um relacionamento honesto, transparente e objetivando preponderantemente o bem comum, a lei editada mereça uma aplicação das justas expectativas da comunidade, sem perder de vista que ‘*serviço público*’ é atividade imune à privatização, admitindo-se, no máximo, o seu repasse ou delegação à iniciativa privada, mediante, todavia, a onipresente regulação e fiscalização pelo Estado. Não se perca de vista, a importância sempre presente da noção de serviço público”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Natureza contratual..., p. 63.

públicos pelos indivíduos. Chega-se a falar em crise das concessões³⁰⁰ e, para o equilíbrio do “pêndulo”, são necessários ajustes variados na relação capital privado, capital público, serviços públicos e tarifas.

Embora o processo de concessão seja antigo, vem tendo um crescimento significativo por conta de dois fatores especiais: insuficiência de recursos públicos para realizar todas as necessidades, em específico, na saúde, educação, segurança e justiça e o rápido desenvolvimento da tecnologia que requer agilidade prestacional, a qual é difícil de ser obtida pelo Estado em razão de suas limitações legais.³⁰¹

Dentre vários aspectos da concessão que merecem análise, principalmente para evitar e remediar a possível crise, tomar-se-á o da remuneração do concessionário sob a perspectiva do acesso ao serviço público.

2.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO JURÍDICO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição da República, em seu art. 175³⁰², determina incumbir ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. A decisão a respeito de o serviço ser prestado de modo direto ou não cabe ao ente político titular do serviço, observado o princípio federativo, e se consubstancia em uma decisão política-administrativa discricionária³⁰³, mas não apenas. A delegação da prestação de serviço público deve estar motivada por razões técnicas, científicas, econômicas, políticas, sociais,

³⁰⁰ WALD, Arnaldo. *Pareceres...*, p. 373-374, artigo produzido em 2003. O autor, em: O controle judicial..., p. 26, comenta sobre os conflitos pelos quais passam as concessões e os considera como “crise da adolescência”, de um instituto novo, que ainda não encontrou todas as suas definições.

³⁰¹ DUARTE, Moacyr Servilha. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu, 8 e 9 de junho de 2001, p. 11.

³⁰² Ressalta-se que a Constituição também alude à concessão de serviços públicos nos artigos 21, XI e XII, e 223.

³⁰³ De acordo com René Chapus “*Dans la mesure où la loi ne s’est pas prononcée, et si les principes du droit administratif ne s’y opposent pas, il appartient à l’autorité administrative d’apprécier comment la gestion des services publics doit être assurée. C’est une question d’opportunité, sur laquelle le contrôle juridictionnel ne porte pas. Concrètement, cela signifie que (lorsqu’il y a possibilité de choix) l’autorité administrative peut librement apprécier s’il convient que l’exécution d’un service public soit assurée par elle-même en «gestion directe», ou bien en «gestion indirecte»*”. (destaque no original) CAHPUS, René. *Op. cit.*, p. 577-578.

jurídicas e outras³⁰⁴. É necessário que a opção pela delegação seja adequada e pertinente à realidade do serviço a ser prestado.³⁰⁵ Assim, ela não é absolutamente discricionária, ela é balizada pelos diversos princípios e é sujeita a controles não só internos como externos, especialmente da comunidade, do Judiciário e do Legislativo, eis que a delegação depende de autorização legislativa, específica ou geral.³⁰⁶ Ainda, em razão do valor dos contratos de concessão, deve ser realizada audiência pública para divulgar os aspectos da licitação, conforme dispõe o art. 39 da Lei 8.987/95.

Em que pese o constante recurso no direito ao termo “concessão”, a concessão de serviços públicos, e apenas ela, diz respeito a um regime, a um modo de gestão de um serviço.³⁰⁷

A concessão de serviços públicos é uma das modalidades de contrato administrativo, prevista na Lei 8.666/93, com regime jurídico próprio e peculiar. Entretanto, muito se discute acerca da natureza jurídica da concessão.

Há defensores da idéia de a concessão ser um ato unilateral do Estado,³⁰⁸ no qual se estabelecem as condições da outorga. Há outra concepção que entende haver um ato unilateral do Estado e um outro ato unilateral do particular, indispensável. Se assim for, a natureza da concessão seria semelhante ao vínculo estatutário mantido entre Estado e servidor público. Outros defendem a natureza

³⁰⁴ Inclusive, consoante dispõe o art. 5º da Lei 8.987/95, o concedente deve publicar ato justificador da outorga da concessão, bem como caracterizar o seu objeto, área e prazo. Marcos Jurueña Villela Souto ressalta que o Administrador, ao optar pela concessão ou permissão, está sujeito ao princípio da motivação. *Op. cit.*, p. 14.

³⁰⁵ De acordo com Hely Lopes Meirelles “há *outorga*, quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, *por lei*, determinado serviço público ou de utilidade pública; há *delegação* quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.” O autor enfatiza que a “*delegação* é menos que *outorga*, porque esta traz uma presunção de definitividade, e aquela, de transitoriedade, razão pela qual os serviços *outorgados* o são, normalmente, por tempo indeterminado, e os *delegados*, por prazo certo, para que ao seu término retornem ao delegante.” A outorga importa em transferência, por lei, da titularidade e a delegação em transferência da execução. Contudo, ressalta que em ambas as hipóteses os serviços continuam sendo públicos, apenas descentralizados. MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 306 e 347.

³⁰⁶ Conforme prevêm os artigos 1º e 2º da Lei 9.074/95.

³⁰⁷ Neste sentido, RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 515-516. O autor esclarece que a concessão de obras públicas trata-se de uma concessão de serviço público, que não tem por objeto apenas o serviço mas também, às suas custas, as obras necessárias ao funcionamento daquele e a sua gestão permite ao concessionário suportar os encargos e amortizar as despesas com as obras.

³⁰⁸ De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho, a concepção alemã entende ser a concessão um ato unilateral de soberania pois o serviço público encontra-se fora do comércio e, desse modo, não há contrato entre o particular e a Administração. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A Natureza contratual...*, p. 53.

contratual da concessão.³⁰⁹ Inclusive, as Constituições de 1946, 1967 com a EC1/69 e, especialmente, a de 1988 dispõem sobre a concessão como contrato e, por conseguinte, a Lei de Concessões adotou a concepção contratual.

Há, ainda, uma corrente que adota teoria mista, que defende que as determinações das condições de prestação do serviço pelo Estado decorrem de ato unilateral, enquanto a fixação da equação econômico-financeira envolve acordo de vontades, inerente a um contrato.

Jean Rivero esclarece que no século XIX a concessão era considerada contratual, mas, a partir do desenvolvimento da teoria do serviço público e da dimensão das suas exigências, doutrina e jurisprudência adotaram a dupla natureza da concessão: regulamentar e contratual.³¹⁰

Para Hely Lopes Meirelles a concessão é um contrato, que reflete um ajuste de direito administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e *inuitu personae*.³¹¹

Celso Antônio Bandeira de Mello adota um conceito próprio, misto, pois reconhece que a concessão estabelece relação jurídica complexa, formada por ato regulamentar do Estado, quando este estabelece, unilateralmente, os diversos aspectos da prestação do serviço, por um ato condição, representado pela inserção voluntária do concessionário sob situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público e formada, ainda, por contrato, o qual garante a equação econômico-financeira de modo a possibilitar a legítima lucratividade almejada pelo concessionário.³¹²

Necessário observar que todo contrato administrativo, seja de concessão ou não, submete-se aos princípios norteadores da atividade administrativa; possui, portanto, regime jurídico diverso do direito privado³¹³, ainda, os contratos administrativos diferem-se entre si, razão pela qual os contratos administrativos possuem as chamadas cláusulas exorbitantes ou regulamentares, alteráveis

³⁰⁹ Romeu Felipe Bacellar Filho ressalta que o contrato é uma categoria jurídica que não pertence, em exclusividade, ao direito público ou privado. Contudo, quando o contrato se insere na esfera do direito público, em especial do direito administrativo, é inafastável a subordinação ao regime jurídico administrativo, sem afastar características próprias da categoria contrato.

³¹⁰ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 520-521.

³¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 347-348.

³¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 682.

³¹³ Comenta Marçal Justen Filho que quando se defende a natureza "contratual" da concessão não se está a reconhecer a aplicabilidade do conceito de contrato tal como desenvolvido e aperfeiçoado no campo do direito privado. Todo "contrato administrativo" está sujeito a regime jurídico próprio, derivado da aplicação dos princípios inerentes. Trata-se, então, de um "contrato especial", com perfil próprio, tal como afirma a própria Constituição, no art. 175. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 156.

unilateralmente, e as cláusulas financeiras, que requerem consenso para modificação. Deste modo, todo contrato administrativo possui uma regulamentação prévia, determinada unilateralmente pela administração contratante que, em regra, já vem prevista no próprio edital e minuta contratual.

Tendo em vista esta peculiaridade dos contratos administrativos, adota-se a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que considera a concessão de serviço público como uma relação contratual, embora a organização do serviço público seja fixada e alterada unilateralmente pelo Poder Público para atender ao interesse público. Ocorre que essa regulamentação imposta ao particular não decorre do contrato, mas do poder regulamentar da Administração e está prevista nas leis que disciplinam o serviço.³¹⁴

De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho, a concessão tem natureza contratual e a permissão, assim como a autorização. É um “ato administrativo unilateral, discricionário e precário para atender necessidades coletivas instáveis ou de emergência transitória”.³¹⁵ Contudo, o autor ressalta que o art. 175 da Constituição de 1988 outorgou cunho contratual à permissão, de modo a igualá-la, em princípio, à concessão. A permissão passou a ser celebrada por contrato, precedido por licitação e, portanto, mediante procedimento administrativo vinculado.

O tratamento conferido à permissão pela Lei 8.987/95 deve ser questionado pois a Constituição a considera um contrato e a Lei, ao conceituar permissão no art. 2º, IV comete a impropriedade de agregar-lhe a precariedade. Ainda, a Lei, no art. 40, refere-se à precariedade e revogabilidade do contrato de permissão. Assim, a Lei, em alguns aspectos, mostra-se incompatível com o texto constitucional.³¹⁶

³¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 52-53.

³¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A Natureza contratual...*, p. 56.

³¹⁶ Bacellar Filho comenta que “A precariedade é própria de atos e procedimentos discricionários, inseridos no mundo jurídico em atenção à lei, mas informados por critérios de conveniência e oportunidade. Os institutos dependentes de licitação, procedimento administrativo vinculado por excelência e antecedente necessário do contrato, não podem ser desconstituídos *ad nutum*. Diante do dispositivo constitucional que altera a natureza jurídica da permissão tornando-a contratual, a referência à precariedade induz à idéia de que a permissão pode ser desfeita discricionariamente, o que não é verdade. Repisando a argumentação já expendida quanto à precariedade da permissão, com o que, em absoluto, não se pode concordar, mostra-se, também, lamentável a previsão, na lei, da possibilidade de revogação de um contrato. Contrato não se revoga, rescinde-se. A revogação pressupõe a prática de um ato unilateral pela Administração Pública, fundamentada esta, como dito, em critérios de conveniência e oportunidade. Relembrando que a natureza jurídica da permissão – face o texto constitucional – é eminentemente contratual, afigura-se absurdo referir-se o legislador à revogabilidade da avença.” “Finalmente, a desconsideração pelo legislador, ao comando constitucional inserto no artigo 175 e seu § único da Constituição Federal, diante das considerações ora expendidas, permitem concluir que o tratamento oferecido pela Lei nº 8.987/95, ao instituto da

Marçal Justen Filho afirma ser inviável negar a existência de um componente de natureza consensual no aperfeiçoamento da concessão e que as cláusulas exorbitantes ou o poder regulamentar do Estado não eliminam a consensualidade. A concessão é um “contrato especial”, com perfil próprio, tal como afirma a própria Constituição, no art. 175.³¹⁷ Deste modo, o “contrato de concessão de serviços públicos” indica um vínculo entre a Administração Pública e o particular, formado pela delegação a este da prestação de determinado serviço público. O vínculo é disciplinado por atos unilaterais da Administração e por avenças convencionais entre as partes.

Em atenção ao disposto no artigo 175 e seu parágrafo único³¹⁸, bem como diante da competência outorgada à União pelo artigo 22, XXVII³¹⁹, ambos artigos da Constituição Federal, foi editada a tão esperada Lei 8.987/95 que disciplinou a matéria atinente às concessões e permissões, seguida pela Lei 9.074/95.³²⁰

Observa-se que os conceitos de concessão de serviços públicos previstos no art. 2º, II e III, da Lei 8.987/95³²¹, são imperfeitos, não contêm todos os elementos necessários para definir estas modalidades de contrato. Os dispositivos tratam das formalidades inerentes ao contrato de concessão, delineiam elementos que

permissão, é flagrantemente inconstitucional.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A Natureza contratual...*, p. 62-63.

³¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 156.

³¹⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. **Parágrafo único.** A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

³¹⁹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

³²⁰ Ressalta-se que a Lei 9.074 apresenta normas de caráter federal e nacional, conforme expõe AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Validade de leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas.* In: ANDRADE, Letícia Queiroz. (Org.) *Decisões e pareceres sobre pedágio.* São Paulo: ABCR, 2002. p. 97-108. p. 103.

³²¹ De acordo com o inciso II, do art. 2º, a concessão de serviço público é definida como: “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;” e o inciso III do mesmo artigo define concessão de serviço precedida da execução de obra pública como: “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”.

pressupõem a válida formação, previstos em outros dispositivos legais, como por exemplo: a condição de licitação prévia na modalidade de concorrência e a outorgada à empresa ou consórcio que demonstre capacidade para realização do empreendimento.

A lei condicionou a concessão à realização de licitação³²², na modalidade de concorrência pública³²³, objetivando ampliar o leque de interessados. Não obstante, a Lei 9.491/97, que aprovou o Plano Nacional de Desestatização, admitiu, também, para a outorga de concessão, a modalidade leilão.

É pacífico na doutrina³²⁴ que o dispositivo falhou por deixar de mencionar o traço característico da concessão: o modo de remuneração do concessionário, ou seja, por tarifa paga pelo usuário ou qualquer outra fonte ligada à exploração do serviço. Ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello comenta que o artigo, ao disciplinar sobre concessão de serviço público precedida de obra pública, confundiu com o instituto da concessão de obra pública.³²⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta falhas no conceito exposto na Lei pelo fato de não se referir à concessão como contrato e de não indicar a remuneração do concessionário. Para a autora, a concessão é “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”³²⁶

Marçal Justen Filho comenta que a definição do artigo 2º da Lei traz excessos dispensáveis e, assim, grande parte da formulação verbal contida no artigo deve ser desconsiderada, eis que não apresenta função descritiva (normativa), mas claramente prescritiva. E assevera que a definição de um instituto deve individualizá-lo, descrevendo suas características normativas, o que permite diferenciá-lo de outros institutos.³²⁷

³²² De modo diferente, na França, em razão de a concessão representar uma relação de confiança, não há licitação, conforme esclarece Jean Rivero: “A concessão tem por base um contrato celebrado entre a autoridade concedente e o particular, que ela escolheu com toda a liberdade, uma vez que o facto de lhe cometer a gestão de um serviço implica, com efeito, uma confiança pessoal.” RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 520.

³²³ Art. 2º, II e 14 da Lei de Concessões.

³²⁴ Exemplo é o que dispõem Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, p. 677-680 e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias...*, p. 50-51.

³²⁵ Para maiores esclarecimentos conferir MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 679.

³²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 51.

³²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral...*, p. 54.

Não obstante a imprecisão legislativa, é inquestionável que concessão de serviço público caracteriza-se como uma modalidade de transferência da prestação de serviço público, na qual o Estado, titular da competência para prestá-lo, atribui a um particular o seu desempenho e o lucro decorrente da prestação, sujeitando-se aos riscos inerentes à atividade.³²⁸ Neste sentido, para Hely Lopes Meirelles concessão “é a delegação contratual da *execução do serviço*”.³²⁹

De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho a concessão é delegação a um particular da gestão ou execução de um serviço público, antecedida ou não por realização de obra pública, por sua conta e risco e remunerado pelos usuários. Bacellar Filho ressalta que as atividades objeto de concessão permanecem com a concepção originária de serviço público e o particular assume o lugar do Poder Público.³³⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua concessão como

o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.³³¹ (grifo do autor)

Para Marcos Juruena Villela Souto, as concessões são contratos de natureza administrativa nos quais se transfere, ao concessionário, a realização e a exploração, por sua conta e risco, de obra ou serviço públicos, mediante remuneração do usuário, por tarifa, fixada pelo concedente nos termos da proposta vencedora.³³²

Rafael Bielsa expõe que se pode definir concessão de serviços públicos como “um ato administrativo – contrato de direito público – pelo qual se atribui a uma pessoa com o fim que ela gestione ou realize o serviço público concedido”. O autor esclarece que é a delegação de parte da atividade da Administração (gestão do

³²⁸ A concessão “*C’est le contrat qui charge un particulier ou une société d’exécuter un ouvrage public ou d’assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d’intérêt, et que l’on rémunère en lui confiant l’exploitation de l’ouvrage public ou l’exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l’ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public.*” (concl. Commissaire du gouvernement sous CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*: GAJA p. 213). Conforme cita BERBARI, Mireille et. al. *Op. cit.*, p. 9. Nota-se que, àquela época, o conceito de concessão já previa a possibilidade de subvenção.

³²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 347.

³³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A Natureza contratual...*, p. 52.

³³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 672.

³³² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 10.

serviço), mas diferentemente de um funcionário público, órgão ou ente, o concessionário atua em nome e por conta próprios.³³³

A concessão não causa modificação no regime jurídico do serviço concedido, ou seja, a delegação não tem o efeito de retirar o serviço público da órbita pública para inseri-lo na órbita privada.³³⁴

O Estado transfere parcela da função pública, mas mantém o núcleo da competência, permanecendo titular do serviço público. Assim, o dever de prestar serviços públicos e de disciplinar as condições de sua prestação continua sendo estatal, razão pela qual os serviços concedidos devem ser retomados³³⁵, a qualquer tempo, sempre que o interesse público determinar tal medida.³³⁶ Do mesmo modo, cumpre ao Estado intervir nas atividades de prestação e modificar as suas regras.

De acordo com a concepção clássica francesa de concessão, o concessionário deve assegurar a prestação por sua conta e risco, conforme os encargos assumidos e a sua remuneração deve advir das tarifas cobradas dos usuários. A remuneração dos concessionários é considerada um elemento essencial da concepção clássica, ao qual se apegava o Conselho de Estado.³³⁷

Segundo o Conselho de Estado francês, mais recentemente, em 1996, considerou-se que o elemento de identificação da delegação de serviço público é o fato de a remuneração ser, substancialmente, assegurada pelos resultados da exploração.³³⁸ Embora tenha sido reduzida a utilização da concessão no período das

³³³ BIELSA, Rafael. *Op. cit.*, p. 363-364.

³³⁴ Mediante a concessão de serviço público, a Administração atribui a um particular encargos que lhe são próprios. Assim, o concessionário realiza incumbência que o ordenamento destina ao órgão público; a concessão envolve, portanto, atividades ou interesses que não podem ficar no âmbito da autonomia privada porque são reservados aos poderes públicos. Daí a fórmula contida no *caput* do art. 175 da CF/88: 'Incumbe ao Poder Público...a prestação dos serviços públicos'. No entanto, a Administração não pode se desvincular do serviço público, quando concedido. O serviço é concedido, mas permanece serviço público; a concessão não configura abandono, desligamento total. O Estado continua o 'fiador' da execução perante a coletividade. MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. In: _____. (Coord.) *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 13.

³³⁵ Conforme ressalta SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 13.

³³⁶ É a hipótese de encampação prevista nos artigos 35, II e 37 da Lei de Concessões.

³³⁷ "selon la conception classique et stricte de la concession, le concessionnaire doit assurer le service à ses frais et risques, conformément aux prescriptions d'un cahier des charges et que sa rémunération résulte du produit des redevances qu'il perçoit, conformément à un tarif, sur les usagers du service." "Enfin, le mode de rémunération, par les usagers, du concessionnaire est un élément essentiel de la conception classique et stricte de la concession. Un autre mode de rémunération exclut qu'il y ait concession, au sens classique du terme auquel le Conseil d'Etat reste très fermement attaché." CHAPUS, René. *Op. cit.*, p. 586.

³³⁸ CE, 15 avril, 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*. René Chapus comenta que se incita uma boa gestão e, desde que exista um vínculo com os resultados da exploração, é indiferente se a reamuneração advém dos fundos públicos – ao que se denomina naquele direito *régie intéressée* e *gérance* – ou dos usuários – caso da concessão. CHAPUS, René. *Op. cit.*, p. 578 e 587. Apenas para

duas guerras, ela readquiriu posição importante na gestão dos serviços públicos e foi remodelada, sem, contudo, romper com a sua definição tradicional. Um dos reflexos da adaptação do instituto foi a atenuação da exploração exclusivamente por conta do concessionário em razão da associação financeira com a coletividade concedente.³³⁹

Marçal Justen Filho, ao comentar a redescoberta e a existência de uma “nova” concessão de serviços públicos³⁴⁰, muito embora entenda que o instituto vem sofrendo aperfeiçoamentos e defenda que não há conceito único, pois a concessão comporta uma pluralidade de configurações, esboça que a “concessão de serviço público é um contrato plurilateral, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.”³⁴¹

A concessão de serviços públicos é uma modalidade de parceria pública e privada³⁴² e, conforme analisado anteriormente, é uma das modalidades de privatização em seu sentido amplo³⁴³. Isto se justifica porque, inegavelmente, ela é um meio de reduzir o “tamanho do Estado”, em termos de diminuição da atuação direta e prestacional do Estado.

Arnoldo Wald enfatiza que a nova formulação da política legislativa das concessões permitirá que o Estado reduza a atuação e aumente a sua eficiência e,

efeito de esclarecimento, a *régie intéressée* é conferida por contrato, a pessoa pública ou privada, que não se encontra sob a qualidade de empreendedor, como na concessão, mas como “gerente interessado”, cuja remuneração não advém dos benefícios realizados, mas das economias realizadas, dos ganhos em produtividade, extensão e melhoria da qualidade do serviço e a coletividade orienta a gestão em vistas aos fins que entende prioritários.

³³⁹ CHAPUS, René. *Op. cit.*, 589-590.

³⁴⁰ Ressalta-se que alguns aspectos da “nova” concessão de serviços públicos serão oportunamente analisados no presente estudo ao longo deste Capítulo e dos Capítulos 3 e 4, dentre eles, destacam-se o princípio da associação, a relatividade da característica “por conta e risco” e modos alternativos de remuneração, além da tradicional tarifa paga pelos usuários.

³⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 96.

³⁴² Neste momento utiliza-se a expressão em sentido amplo, não no sentido de ser uma parceria da Lei de Parcerias Público-Privadas, ou seja, não se está a tratar especificamente da concessão patrocinada e, muito menos, em razão das suas peculiaridades muito distintas da concessão, da concessão administrativa.

³⁴³ “Efetivamente, a concessão se insere na política de privatização, ensejando uma simbiose entre os interesses públicos e privados, a fim de evitar a obsolescência da infra-estrutura, renovando-a para garantir serviços públicos adequados, sem onerar os cofres do Estado, além de viabilizar a colaboração entre os empresários e a Administração Pública para utilizar recursos e fórmulas de gestão privados em obras de interesse da sociedade.” WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria...*, p. 47.

mediante fiscalização, garantirá serviços adequados e a realização de obras com a utilização de recursos privados, “diminuindo, dessa forma, simultaneamente, o *deficit* público e o da infra-estrutura e propiciando o aumento de lucros com o reinvestimento, ensejando o ingresso de mais tributos, a melhor alocação da poupança e a criação de mais empregos, fazendo assim, desaparecer alguns dos gargalos de estrangulamento que ameaçam o futuro econômico do país.”³⁴⁴

Depreende-se que a concessão de serviços públicos tem sido adaptada ao novo contexto que demanda a sua utilização, sem, contudo, perder o seu traço característico. A proposta de adaptação envolve, em síntese, o enfoque associativo entre particular e concedente – a formação de parceria – e o repensar do aspecto “por conta e risco”, que refletem diretamente na política tarifária, que ainda serão abordados nos próximos tópicos.

Nada obstante as novas tendências das concessões de serviço público, o instituto mantém a sua essência no sentido que representa a delegação da prestação de serviço a uma empresa privada. Deste modo, o ente político mantém a titularidade sobre o serviço e, assim, tem o dever de estabelecer política tarifária condizente com os princípios constitucionais e com a necessidade social.

2.3 DIVERSAS POSIÇÕES JURÍDICAS NA RELAÇÃO DE CONCESSÃO E A ASSOCIAÇÃO DE INTERESSES ANTAGÔNICOS

A concessão baseia-se, necessariamente, em duas idéias antagônicas: de um lado, um serviço público e de outro, uma empresa privada. O regime jurídico da concessão se externa em um conjunto de princípios e regras que visam a tutela e a realização de interesses públicos e privados. O fato de o objeto do contrato ser a prestação de um serviço público resulta na existência de cláusulas regulamentares como: outorga de prerrogativas públicas ao concessionário; sujeição deste aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos; reconhecimento de poderes à Administração como direção e controle sobre a execução do serviço; responsabilidade civil objetiva e outras. O fato de o contrato ser firmado com uma

³⁴⁴ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M. *Id.*, p. 49.

empresa privada faz com que ao lado das cláusulas regulamentares existam cláusulas contratuais, que tratam essencialmente das disposições financeiras garantidoras da remuneração do concessionário sujeitas ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Do antagonismo que envolve a concessão decorre a submissão da concessionária a regime jurídico híbrido: público e privado.

Assim, Jean Rivero, ao determinar os problemas fundamentais da concessão, esclarece que o regime da concessão clássica é composto por dois lados fundamentais, e aparentemente antagônicos: “um serviço público submetido aos imperativos do *interesse geral*; por outro, um particular que só aceita a gestão enquanto movido pela realização do seu *interesse pessoal*.” A composição é formada pela manutenção ao concedente de uma autoridade estrita e, ao mesmo tempo, pela garantia ao concessionário dos benefícios a que pode legitimamente aspirar. “A necessidade desta conciliação domina todo o regime da concessão.”³⁴⁵

A concepção tradicional confere natureza bilateral à concessão, de um lado o poder concedente, que é o titular dos serviços, e, de outro, o concessionário.³⁴⁶ Entretanto, a evolução do instituto tem propiciado novas concepções, especialmente no tocante às partes, seus direitos e deveres.

Tem sido corriqueira a concepção dos efeitos trilaterais da concessão: poder concedente, concessionário e usuário. Reconhece-se que, embora o contrato seja bilateral, os usuários, por força do próprio contrato e das normas regulamentares, assumem direitos e obrigações, o que pode ser exemplificado com o artigo 7º da Lei 8.987/95. Para alguns autores, o usuário mantém relação contratual - contrato de adesão - com o concessionário, para outros, ele se submete a uma relação estatutária e, ainda, alguns consideram que a relação ora é contratual, ora estatutária³⁴⁷. O usuário apresenta relações tanto com a concessionária como com o

³⁴⁵ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 519-520. (grifo do autor)

³⁴⁶ Nota-se que ainda há defensores da natureza bilateral em vista ao fato de os usuários não outorgarem o instrumento constitutivo da concessão, conforme exara Pedro Gonçalves. *A Concessão...*, p. 130-131.

³⁴⁷ O usuário submete-se à lei e ao regulamento do serviço público, portanto, seu status é regulamentar, regido pelo direito público, que o serviço seja prestado de modo direto ou indireto, mas é possível haver relação contratual no que se refere às questões não previstas na lei ou no regulamento. Assim, existirá contrato entre o usuário e o concessionário se possível identificar um núcleo consensual, conforme se extrai de PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 110-111. O autor colaciona o raciocínio desenvolvido por Garrido Falla (Tratado de Derecho Administrativo, p. 382) a partir da comparação do vínculo que liga o usuário ao concessionário com aquele que liga o concessionário ao concedente, no sentido que “as mesmas razões que conduzem a qualificar de mista (ou seja, em parte contratual e em parte regulamentar) a relação de concessão valem para justificar uma conclusão similar em relação ao usuário. A parcela contratual e a parte regulamentar

Poder Público concedente, razão pela qual pode apresenta vínculos distintos. Independentemente, o que resta evidente é a sujeição do usuário aos efeitos da concessão.

De acordo com Cesar Guimarães Pereira, o serviço público se caracteriza por uma relação entre usuário e prestador, que é complexa por envolver diversas posições ativas e passivas de cada um. O autor ainda ressalta existir uma relação jurídica trilateral, no caso de delegação: usuário, prestador e concedente. Entende que a relação é trilateral pois os vínculos são indissociáveis uma vez que a relação entre usuário e concessionário faz sentido se integrada à relação do usuário com o concedente ou com este e o concessionário.³⁴⁸

São visíveis os efeitos trilaterais da concessão de serviços públicos, os quais acarretam posições jurídicas distintas, interesses tendencialmente antagônicos, conseqüentemente, direitos e deveres opostos e correlacionados. No entanto, cada pólo da relação jurídica possui um conjunto de poderes, direitos e deveres, não equivalentes, mas que se inter-relacionam e conferem a cada parte uma determinada posição jurídica.³⁴⁹ Cumpre considerar algumas questões quanto a este posicionamento diante da evolução do instituto não só no Brasil, como em vários outros países.

Indispensável é reconhecer que, além do poder concedente, concessionário e usuários, a sociedade, em especial os indivíduos não usuários, por opção ou exclusão, têm interesses no objeto da concessão.³⁵⁰ Embora o contrato seja firmado pelas partes, concedente e concessionário, seus efeitos, bem como sua característica regulamentar irradiam-se não apenas aos usuários concretos, mas aos usuários potenciais, aos excluídos e por toda a sociedade. Ademais, porque a

não existem em porções pré-determinadas e universalmente válidas. Variam segundo a configuração normativa do serviço: a parte regulamentar será mais intensa quanto mais *administrativo* seja o serviço; será menor, restando mais para a parcela contratual do vínculo, se o serviço for mais *industrial e comercial*. Desse modo, *'a situação do usuário do serviço pode ser simultaneamente (segundo o aspecto da relação de que se trate) estatutária e contratual.'* PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 112. A respeito do serviço público administrativo, René Chapus afirma que os usuários encontram-se em situação legal e regulamentar. Quanto aos serviços remunerados ocorre o mesmo, embora resulte alguma relação contratual. CHAPUS, René. *Op. cit.*, p. 557.

³⁴⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 6, 80.

³⁴⁹ Para não estender o assunto e manter o foco a ser enfatizado, neste momento, não serão tecidos maiores comentários a respeito de cada uma das posições jurídicas.

³⁵⁰ "Além da Administração concedente e do concessionário, não só os 'usuários' são participantes da relação jurídica essencial do contrato de concessão, mas, dada sua relevância pública, também os terceiros afetados por aquele [contrato], ou que aspiram a ser usuários, são participantes da relação de direito público." PÉREZ HUALDE, Alejandro. *El concesionario de servicios públicos privatizados*. Buenos Aires: Depalma, 1997. Apud: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 80, nota 122.

concessão envolve um serviço público. Para tanto, evidencia-se que o contrato de concessão é plurilateral, o que não equivale a atribuir posições jurídicas idênticas às partes.³⁵¹

Ainda que indiretamente, o Estado, quando outorga uma concessão apta a estabelecer os relacionamentos diretos, acima referidos, afeta e envolve interesses da Sociedade como um todo, em especial dos excluídos do acesso ao serviço público e os envolve principalmente por este fator. Desse modo, os efeitos da concessão não são apenas trilaterais, ainda que as partes principais sejam três; sem dúvida, os efeitos são plurilaterais, sendo que para os excluídos tais efeitos acabam sendo negativos.

Os interesses dos usuários na concessão, evidentemente, são imediatos e da sociedade mediatos.³⁵² Por sociedade, em relação ao estudo, devem-se considerar duas categorias: usuários e não usuários. Alguns não usuários não utilizam os serviços por opção, no entanto, outros, principalmente em relação aos serviços essenciais, não utilizam por falta de condições de acesso, ou seja, por exclusão.³⁵³

É importante ter em vista que o termo usuário designa diversas realidades e momentos do usuário em relação ao serviço, até mesmo por conta das desigualdades regionais, culturais, jurídicas e econômicas. Guimarães Pereira lembra que é comum referir-se à nomenclatura “usuário” tanto para designar o titular concreto do direito à prestação do serviço público quanto à figura abstrata para a

³⁵¹ Marçal Justen Filho justifica a plurilateralidade por coadunar-se com a “concepção de ser a concessão um vínculo associativo, de natureza organizacional”, à semelhança de outros contratos plurilaterais, assim, não há problemas em haver um número de partes superior a dois. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 295. “A relação jurídica multilateral constitui assim a modalidade de relação jurídica, típica da Administração de infra-estruturas, adequada para explicar os vínculos jurídicos que se estabelecem entre todos os intervenientes das complexas relações administrativas modernas” As decisões dessa Administração possuem eficácia que “vai muito além e, muitas vezes, atinge pessoas diferentes do destinatário.” SILVA, Vasco Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1996. p. 130, 137. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Procedimento e função regulatória de serviços públicos no Estado pós-social. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 11, p. 65-75, jan./fev./mar. 2003. p. 66

³⁵² “El beneficiário (del servicio como) de la concesión es indirectamente la colectividad y *directamente el usuario del servicio público*.” SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria...*, p. 394.

³⁵³ Muitas vezes fala-se que a concessão é trilateral pelo fato de que os usuários representam seus interesses próprios e os da sociedade. E, em regra, em razão da dificuldade de organização, a participação da Sociedade, muito embora ela não seja correspondente completamente aos usuários, dá-se por intermédio da associação de usuários, mas também não está restrita a ela pois são vários os instrumentos de participação popular. Em termos exemplificativos podem ser citados: audiências públicas, manifestações, ONGS, ações populares e outros.

qual se concebe, organiza e presta o serviço.³⁵⁴ Por esta razão deve-se ter cautela ao se falar em um *interesse do usuário*, pois há vários momentos do usuário em relação ao serviço público, bem como há uma diversidade de interesses entre os inúmeros usuários. A dimensão da expressão possibilita o seu uso retórico, sem exprimir, de modo geral, um sentido determinado.³⁵⁵

A observação sobre a projeção da concessão para além das relações concedente-concessionário, concedente-usuário e concessionário-usuário é de grande importância para o objetivo do trabalho proposto, uma vez que possibilita maior evidência dos efeitos da concessão em relação aos excluídos dos serviços públicos concedidos.

O Estado, democratizado, conta com a colaboração dos particulares, colaboração esta que deve ser jungida pelo princípio da boa-fé, de modo que, embora cada uma das partes envolvidas apresente interesses próprios, em regra, antagônicos, é objetivo comum a prestação de serviço adequado e satisfatório com tarifas módicas.

Lecionam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que “Administração concedente e concessionário privado aparecem desse modo como colaboradores comprometidos na consecução de um mesmo fim, mais do que como antagonistas em uma pura relação de intercâmbio.”³⁵⁶

Romeu Felipe Bacellar Filho enfatiza que o relacionamento entre Administração pública, particular e concessionário ou permissionário deve ser coerente, leal e transparente, em que pese o objetivo daquela ser resguardar o interesse público e o do particular o retorno e a remuneração do investimento.³⁵⁷

Diante da peculiaridade do regime jurídico da concessão de serviços públicos e tendo em vista a disparidade de interesses, Marçal Justen Filho afirma

³⁵⁴ A importância do potencial usuário é averbada pela jurisprudência argentina, como se observa na causa judicial “Fernández”, julgada pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, na qual “se tuvo por acreditada la legitimación del actor, en carácter de “usuário” de la red de trenes subterráneos, por la circunstancia de vivir en la ciudad de Buenos Aires y de trabajar en la zona céntrica: “En todo caso-se precisa en el voto mayoritario- basta con que el actor se encuentre domiciliado en esta ciudad y su lugar de trabajo se ubique también en ella para que pueda ser usuário, aunque sea potencial del servicio de subterráneos. Ello le alcanza para demostrar su calidad de afectado, requerida em el art. 43 de nuestra Constitución Nacional”. Este critério ha llevado al citado autor a considerar que la protección judicial se otorgó al “usuário potencial” del servicio público ‘bajo una implícita pero inequívoca paridad de protección jurídica del usuário potencial com respecto al usuário efectivo de ese servicio público ‘.” Conforme expõe IVANEGA, Miriam Mabel. *Op. cit.*, p. 72-73.

³⁵⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 43.

³⁵⁶ ENTERRÍA, García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1980. vol. 1. p. 614, orig. em castelhano. Apud: JUSTEN FILHO, *Teoria Geral...*, p. 62.

³⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A Natureza contratual...*, p. 61.

haver um ordenamento jurídico setorial, ou seja, os princípios e regras fundamentais previstos na Constituição são, sem dúvida, aplicáveis, mas com uma especialização e organização especiais de modo que “pode reconhecer-se um *subsistema* normativo a propósito da concessão, caracterizado pela existência de regras específicas, ordenadas de modo peculiar e segundo princípios determinados.”³⁵⁸

O citado autor, ao comentar os princípios do subsistema em que se insere o instituto da concessão, enfatiza que o subprincípio fundamental que lhe dá identidade é o princípio da associação. Ele consiste na aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de compor harmonicamente interesses públicos e privados.

Comenta Jean Rivero que a evolução, na prática, do modelo clássico de concessão direcionou-a no sentido de uma “*associação entre concedente e concessionário privado*”.³⁵⁹

Ressalta-se que os princípios norteadores das atividades do Estado são o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público; a iniciativa privada atua sob o princípio da intangibilidade da propriedade privada e pela busca do lucro; os usuários têm em vista a adequação dos serviços e a sociedade, de um modo geral, espera a satisfação das necessidades essenciais vinculadas à prestação do serviço.³⁶⁰

O princípio da associação faz com que os diversos princípios incidentes, bem como os interesses sofram limitações de forma a equilibrar e harmonizar a presença de todos sem que uns se sobreponham aos outros. Assim, a concessão é um instrumento de composição dialética entre princípios e interesses distintos e, ao invés de refletir idéias e interesses antagônicos, como pode parecer primeiramente, deve refletir um interesse último, comum a todas as partes, que consiste na existência de um serviço público adequado, prestado de modo oneroso e custeado por tarifas módicas, este é o núcleo da associação entre as partes.³⁶¹

Cármén Lúcia Antunes Rocha, a par disso, demonstra a dificuldade e um certo pessimismo em relação às parcerias entre iniciativa privada e Estado. Segundo

³⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral...*, p. 289.

³⁵⁹ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 519.

³⁶⁰ Questão de freqüente equívoco em relação aos usuários é a afirmação que o interesse da sociedade e o interesse dos usuários se equivalem. Em regra, os interesses da sociedade são distintos dos interesses dos usuários e o que leva a tal afirmação reside, principalmente, na consideração da redistribuição de riquezas acarretada pelas concessões. O assunto é tratado com maior profundidade por Marçal Justen Filho, *Teoria...*, p. 549-554.

³⁶¹ Conferir, JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 291.

ela, a parceria com os pólos público e privado gera perplexidade, se não conflito, pois verifica a dificuldade de conciliar fins e regimes jurídicos diferenciados em um contrato que deve ter objetivos comuns e partilha igual de resultados.³⁶²

Celso Antônio Bandeira de Mello, fundamentado na doutrina de Waline, ressalta que o particular concessionário é visto, atualmente, como um colaborador da Administração. Assim, “tende a prevalecer a idéia de que o interesse do Estado é de assegurar uma remuneração normal (e não mais o menor lucro possível) a seu contratante, que vai ser associado, não como um executante sem iniciativa, mas como um colaborador ao qual tais iniciativas, pelo contrário, são pedidas em favor de uma tarefa de interesse público.”³⁶³

Arnoldo Wald, antes da elaboração da Lei de Concessões, ao comentar o ressurgimento da concessão, a qualificava, em sua terceira fase, como um contrato associativo no qual se conjugam os interesses de participantes e usuários. O jurista esclarece que o mundo, a partir de 1990, exige a mudança do direito administrativo das concessões, ele deve transformar-se no direito construtivo da associação, da *partnership* entre o público e o privado.³⁶⁴

Em síntese, no que se refere ao objetivo proposto, importa considerar o poder-dever do concedente de controlar, regular e fiscalizar a concessão, especialmente no que se refere ao controle das tarifas; o direito do concessionário de receber remuneração e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato como condição de proteção patrimonial e, por fim, os usuários têm o direito ao acesso a serviços públicos adequados. Sem olvidar-se do direito de todos ao acesso aos serviços públicos para satisfação de necessidades essenciais, ainda que não usuários efetivos, até mesmo excluídos, mas que necessitam do acesso.

A concessão revela-se uma via associativa, por meio da qual se produz a conjugação de esforços de origens diversas e qualitativamente distintos, para a realização de interesses próprios e comuns.

³⁶² “Nem se diga que o espaço privado iria ‘conviver’ com o público, como pretendem em seus discursos, porque a incompatibilidade dos regimes jurídicos determinados pela diversidade dos fins buscados pelo Estado e pelo particular (interesses públicos, coletivos, universais no primeiro caso; privados, individuais e voluntários no segundo) impossibilita o laço a firmar tal convivência.” A autora recomenda que para haver vinculação jurídica ou econômica entre as partes sejam afirmadas dimensões que possam ser postas paralelamente em um mesmo espaço e que os fins de uma delas determine o regime jurídico a ser adotado em caso de conflito. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios...*, p. 509, 512.

³⁶³ WALINE, *Droit Administratif*, 1963, p. 585. Apud: MELLO, Celso Antônio Bandeira de *Curso...*, p. 614.

³⁶⁴ WALD, Arnoldo. *Pareceres...*, p. 100.

O enfoque associativo e de colaboração atribuído à concessão é uma premissa fundamental às reflexões ora propostas. A universalização dos serviços públicos não deve ser descurada da concessão enquanto um todo. Em que pese a relevância fundamental do acesso ao serviço público, este deve ser efetivado em consonância com os demais interesses e direitos envolvidos na relação. Este é um pressuposto considerado ao se analisar, nos próximos itens, os efeitos excludentes e as medidas tarifárias de inclusão.

3- A PROBLEMÁTICA DO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS ENQUANTO UNIVERSALIZAÇÃO AINDA NÃO LOGRADA: ASPECTOS JURÍDICO-SÓCIO-ECONÔMICOS

A prestação de serviço público deve ser adequada, quer seja direta ou indireta. A necessidade de adequação funda-se na função e nas características especiais do instituto. A observância da adequação, desse modo, permite que o serviço público cumpra com as suas finalidades, especialmente, a satisfação das necessidades essenciais dos indivíduos e a interdependência social.³⁶⁵

Recorda-se de que, há muito, o serviço público pressupõe a igualdade enquanto princípio, ao lado da mutabilidade e continuidade, denominados por “leis de Rolland”.³⁶⁶ Assim, a universalização do acesso ao serviço público não é uma exigência nova, um modismo, mas uma característica inerente ao instituto, muito provavelmente, sua razão de existir.

Hely Lopes Meirelles enumerou como requisitos dos serviços públicos ou de utilidade pública, exigíveis pela Administração de quem os preste: o princípio da *permanência* – continuidade do serviço -; *generalidade* – serviço igual para todos -; *eficiência* – atualização do serviço -; *modicidade* – tarifas razoáveis – e *cortesia* – bom tratamento.³⁶⁷ Em vista de tais princípios, o autor ressaltou os direitos do usuário como fundamento para exigência da prestação nas condições regulamentares e em igualdade com os demais usuários. Esses direitos são cívicos e público subjetivos de exercício, quando se tratar de serviço *uti singuli*, passíveis de serem exercidos em face da Administração e do prestador, se o usuário estiver na área de atuação deste.³⁶⁸

Nesse sentido, a Lei de Concessões e Permissões estabeleceu, no art. 6º, o dever de prestação de serviço público adequado, compreendido como aquele que satisfaz as condições de atualidade, continuidade, regularidade, eficiência, segurança, generalidade, cortesia e modicidade tarifária. Este dever é correlato ao

³⁶⁵ O que aqui é afirmado pressupõe o desenvolvimento realizado no Capítulo 1 deste trabalho.

³⁶⁶ CHAPUS, René. *Op. cit.*, p. 557.

³⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 301.

³⁶⁸ Hely Lopes Meirelles registrou haver discussão a respeito da possibilidade de ação do usuário em face do concessionário, mas ressaltou que a confirmação de tal possibilidade veio do Conselho de Estado francês, o qual reconheceu a possibilidade de o usuário exigir a prestação do delegado em razão da delegação por este recebida. MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 301.

direito dos usuários a receber serviço adequado, conforme o disposto no art. 7º, da Lei 8.987/95.³⁶⁹

A abrangência do termo “serviço adequado” lhe atribui a característica de conceito jurídico indeterminado.³⁷⁰ Há a necessidade, de tal sorte, que sejam explicitadas, em contrato, as obrigações destinadas à concessionária, no sentido de manter as condições técnicas e operacionais, para a prestação contínua do serviço público, em termos adequados, acompanhando os progressos e melhoramentos necessários ao seu constante aperfeiçoamento, a fim de promover o bem-estar da coletividade destinatária desses serviços.³⁷¹ Nesse intuito, a Lei de Concessões, em seu art. 23, III, determina o estabelecimento, no contrato de concessão, de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; dessa forma, quando o concessionário não observá-los, estar-se-á a indicar a má qualidade do serviço.³⁷²

Em observância ao direito, e ao dever de ser viabilizado o acesso ao serviço público, estão relacionados, bem como delineiam e fundamentam este estudo, de

³⁶⁹ De acordo com Justen Filho, o direito mais relevante omitido no artigo 7º é o de indenização por falha do serviço. JUSTEN FILHO, *Concessões...*, p. 133.

³⁷⁰ Todo conceito, uma vez sendo um conceito, possui limites e um conteúdo mínimo, de forma que haverá sempre uma “zona de certeza positiva” ao lado da “zona de certeza negativa”. Ocorre que entre estas duas zonas de certeza faz-se presente uma zona cinzenta, indeterminada, que necessita de regulamentação pois a incerteza muitas vezes viola direitos. Os conceitos jurídicos indeterminados deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa, muitas vezes estes conceitos são indeterminados quando aparecem na lei, mas a matéria de fato permite a sua determinação. Marçal Justen Filho assevera que: “O conceito indeterminado se configura como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do Ordenamento Jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Reconhece-se a impossibilidade de formular, aprioristicamente, a solução completa para certas situações, mas se vincula o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. O aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que *melhor lhe pareça* e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados. (...) O conceito indeterminado permite reconhecer-se um núcleo conceitual de certeza positiva, algumas regiões de certeza negativa e zonas de penumbra ou incerteza. Significa que um conceito indeterminado apresenta um significado mínimo inquestionável. (...) Observe-se que *serviço* é um substantivo; *adequado* é um adjetivo. Por isso, será possível reputar que alguns serviços são inquestionavelmente *adequados*; outros, indubitavelmente *inadequados*. Mas existirá um campo intermediário, onde a *adequação* e *inadequação* dependerão da análise de sutilezas circunstanciais.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões...*, p. 124-125.

³⁷¹ WALD; MORAES; WALD. *O Direito de parceria...*, p. 104.

³⁷² Por exemplo, a fixação de indicadores pode ocorrer relativamente a serviços como o de energia elétrica (no que tange à voltagem) e de abastecimento de água (no que concerne ao índice de pureza da água). BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de Serviços Públicos*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 127. Serviço adequado terá que cumprir também as normas técnicas, o que é muito comum no campo da engenharia, exemplo são as normas elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, que são de observância obrigatória por força da Lei 4.150/62.

modo enfático, os princípios da generalidade, aqui denominado universalidade, e da modicidade.

O princípio da universalidade determina que deve ser propiciada a fruição do serviço a todos. Consiste na oferta isonômica ao maior número possível de pessoas tendo em vista a satisfação de todas as manifestações de necessidade. O serviço público deve ter como característica inafastável a acessibilidade a todos que necessitem dele para satisfazer suas necessidades essenciais, independentemente do poder aquisitivo.³⁷³ Sem dúvida, razões materiais e de segurança podem acarretar limitações quantitativas. Assim, tem-se a ofensa ao princípio quando são eleitos os beneficiários dos serviços públicos de forma privilegiada e quando uma parte dos possíveis usuários não é atendida.

O princípio é um dos pressupostos para a abordagem do tema proposto, eis que a universalidade garante a todos o direito de acesso aos serviços públicos, ainda que concedidos, para a satisfação de suas necessidades essenciais como meio de manutenção da dignidade.

Não obstante o princípio da generalidade autorizar qualquer indivíduo a utilizar o serviço, Hely Lopes Meirelles enfatizou que o exercício deste direito é facilitado quando o contrato de concessão prevê prazos, sanções e formas para o interessado fazer valer os seus direitos. Assim, o autor defende a presença de cláusulas asseguradoras dos direitos dos usuários nos contratos de concessão.³⁷⁴

Em sentido similar, Celso Ribeiro Bastos comenta que o princípio traduz o direito que todos têm de utilizar os serviços públicos, dentro das modalidades estabelecidas, sem negar a um usuário o que foi concedido a outro, de modo que as eventuais exclusões de acesso aos serviços não podem ser arbitrárias.³⁷⁵

O princípio da universalidade dos serviços públicos, a partir de uma interpretação sistemática e principiológica, “deflui da confluência de outros tantos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, como os da democracia,

³⁷³ Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a universalidade consiste na “possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55-56.

³⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 357-358.

³⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 166-167.

legalidade, da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da segurança das relações jurídicas, etc.”³⁷⁶ É um princípio implícito no ordenamento. Decorre da própria noção de serviço público.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que a universalidade é o mais importante dos princípios dos serviços públicos, pois marca a vocação universal, isonômica e democrática destes.³⁷⁷ Sem dúvida, se uma atividade é serviço público, deve ser submetida a tal princípio.³⁷⁸

É fundamental averbar a posição exarada por Floriano Marques Neto, para quem a universalização não se confunde com o princípio da universalidade ou generalidade, já que estes “predicam que o serviço deva ser ofertado indistintamente a toda gente, que não possa haver discriminação por razões de caráter pessoal na oferta e fruição da atividade.” Inclusive, na acepção do autor, estes princípios seriam aplicáveis a qualquer relação de consumo, nos termos do art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor. Enquanto que a universalização “envolve um dever positivo do poder público, consistente em adotar todas as providências necessárias para, ao longo do tempo, permitir a crescente incorporação de parcelas da sociedade ao acesso e fruição de um serviço público. A universalização implica, pois, a adoção de políticas públicas aptas a, suprimindo hipossuficiências, integrar os menos afortunados à relação de consumo de um bem ou utilidade públicos.”³⁷⁹

Neste trabalho, se considerada a distinção feita por Marques Neto, entre universalidade e universalização, ambas as noções são utilizadas, pois justamente a partir do princípio da universalidade fundamenta-se o constante dever de universalização.

³⁷⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 149.

³⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 417.

³⁷⁸ Diogo R. Coutinho comenta que do ponto de vista econômico a universalização é algo desejável, mas, do ponto de vista jurídico, é imperativa. “Sendo um princípio do regime de direito público, a universalidade pode ser perfeitamente argüida como norma jurídica incidente sobre determinado caso. Dadas as circunstâncias, nada impede que tal norma, num exercício interpretativo em que se sopesam princípios jurídicos conflitantes, afaste a incidência de outro princípio jurídico como, por exemplo, o da eficiência, contido no art. 37da Constituição e constantemente interpretado de modo a privilegiar a acepção alocativa do termo no âmbito da administração pública.” COUTINHO, Diogo Rosenthal. A Universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65-86, p. 86.

³⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “Telefone Social”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 4, n.14, p. 75-115, abr/jun., 2006, p. 77.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o serviço público consiste em prestação aos administrados em geral e assevera que se assim não for, o serviço não deveria ser considerado público, voltado à satisfação da coletividade, mas somente aos interesses privados. Lembra o publicista que: “Este traço – de estar voltado a preencher necessidades do público em geral – reside na própria origem da noção.”³⁸⁰ Razão pela qual defende-se a universalidade ou a generalidade do serviço público, eis que ele se reporta às necessidades fundamentais da Sociedade.³⁸¹

Fernanda Amaro identifica duas frentes propiciadas pelo princípio da universalidade: i) ele estabelece uma barreira contra a discriminação do cidadão a fim de garantir-lhe a condição de usuário e ii) obriga o prestador a viabilizar o acesso ao serviço do usuário social ou economicamente menos favorecido. A autora ainda destaca que o princípio adquiriu maior relevância com as privatizações como requisito essencial dos serviços públicos.³⁸²

Diogo R. Coutinho, do mesmo modo, observa que, independente da noção de serviço público adotada, após a reforma do Estado a prestação de serviços públicos foi submetida a contexto e dinâmica inéditos, nos quais a universalização – como contrapartida ao investimento privado – assumiu grande relevância, pois “se antes das privatizações havia sério comprometimento da capacidade de investimento das estatais – essa foi uma das principais razões pelas quais se optou pela privatização – há que se admitir que agora, momento em que se pode contar com capitais privados, a universalização pode ser juridicamente exigida como contrapartida pela exploração eficiente e lucrativa do serviço público.”³⁸³

Nota-se, neste propósito, que o art. 3º, IV, da Lei 9.074/95³⁸⁴ albergou o princípio da universalidade ao determinar o atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais.

No mesmo sentido, a Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/1997, no seu artigo 2º, I, determinou que o Poder Público tem o dever de garantir, a toda

³⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 646, nota 7.

³⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 647.

³⁸² AMARO, Fernanda Pereira. O Serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 115-138, jan/mar., 2005, p. 128.

³⁸³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 85.

³⁸⁴ Lei que estabeleceu normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos, dentre outras providências.

população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis e em condições adequadas. O art. 79, §1º, da mesma Lei, estipula que as obrigações de universalização “objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica”.

Verifica-se, assim, haver previsão legislativa específica do princípio da universalidade, o que permite sua imposição de modo mais enfático e objetivo e facilita a identificação da sua não concretização.

Diretamente atrelado ao princípio da universalidade e como corolário da universalização encontra-se o princípio da modicidade das tarifas, que compõe o regime jurídico do serviço público. A modicidade significa a menor cobrança possível para o serviço prestado, sem, contudo, diminuir a qualidade da prestação.

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que por conta do relevo da atividade qualificada como serviço público e, portanto, diante da sua importância para a coletividade “seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem.”³⁸⁵

Continua o autor

Em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, *muitas vezes subsidiados*. Tal circunstância – que não ocorre em países desenvolvidos –, dificulta ou impossibilita a obtenção de resultados bem sucedidos com o impropriamente chamado movimento das ‘privatizações’, isto é, da concessão de tais serviços a terceiros para que os explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro.³⁸⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello alertou, como se observa, para o problema do acesso aos serviços concedidos tendo em vista a realidade brasileira, a qual determina tarifas reduzidas ou subsidiadas, sob pena de se violar a universalização.³⁸⁷

Sem retirar, todavia, a devida importância dos princípios da modicidade e da universalidade, não se pode olvidar que a defesa destes, bem como da dignidade da pessoa humana no tocante ao acesso aos serviços públicos, deve ser sopesada

³⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 649.

³⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 649.

³⁸⁷ A modicidade tarifária, enquanto medida universalizante, será tratada no Capítulo 4 deste trabalho.

com os demais princípios.³⁸⁸ Assim, a universalidade não deve ser defendida de modo “demagógico e utópico”, se os serviços públicos encontram-se previstos em normas programáticas, compete ao Poder Executivo implementar políticas públicas para disciplinar a prestação e o acesso a eles, de acordo com diversos critérios.³⁸⁹

Flávio Willeman propõe, em investigação acerca da generalidade dos serviços públicos, que a melhor alternativa para a idéia de máxima universalidade, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, seria conceber a noção de serviço público como “serviço universal”, da União Européia.³⁹⁰

Discorda-se de referido posicionamento pois, não obstante o serviço universal prever o atendimento a todos os usuários, em preços acessíveis e, mesmo assim, independentemente das condições financeiras e geográficas, não se pode olvidar que a lógica do serviço universal é diversa à do serviço público, pois, conforme ressaltado no início deste estudo, o serviço universal diz respeito à atividades abertas à iniciativa privada, em livre competição; portanto não são titularizadas pelo Estado. Este apenas impõe obrigação de serviço universal aos particulares que titularizam e prestam determinados serviços relevantes para a coletividade.

A concessão não desqualifica o serviço público enquanto serviço a ser prestado ao público. Assim, há que se ter cautela com a tentativa de mercadorização dos serviços públicos e a estrita rotulação dos usuários como consumidores.

Em vistas disso, abrem-se possibilidades como: não utilizar a concessão aos serviços cuja prestação tende a ser deficitária; mesclar a concessão com atendimento a regiões lucrativas e não lucrativas a fim de propiciar o subsídio interno ou prever subsídios estatais a fim de compensar a prestação deficitária.

O que se propõe, neste momento, são formas que possibilitem evitar que os efeitos plurilaterais da concessão tenham perspectivas negativas para os usuários e,

³⁸⁸ Necessário registrar a posição de Daniel Sarmento no sentido da impossibilidade de a ponderação ocasionar desprestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana pois ele é o maior objetivo da Constituição e do Direito. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 75.

³⁸⁹ WILLEMAN, Flávio de Araújo. O Princípio da generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 493-516, p. 511.

³⁹⁰ WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Id.*, *Ibid.*

principalmente, que excluam o direito de acesso, possibilitando a universalização do acesso ao serviço público concedido.³⁹¹

Dentre as formas de atuação estatal, no tocante ao acesso aos serviços públicos, procura-se demonstrar a posição fundamental da política tarifária; contudo, é importante, preliminarmente, visualizar as possíveis causas do não acesso.

3.1 DIAGNÓSTICO DOS POSSÍVEIS ÓBICES À UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO

Este tópico do trabalho, em resumo, pretende traçar considerações gerais e levantar algumas causas imagináveis da dificuldade do acesso aos serviços públicos.

No Brasil pode ser diagnosticado um processo de privatização apressado e imediatista, influenciado pela conjuntura internacional, o qual, por ter ocorrido desse modo, não foi respaldado por uma regulação substantiva, com metas e planejamentos a longo prazo, especialmente em relação à universalização dos serviços. Lançou-se mão apenas de uma regulação instrumental, “desenhada para dar guarida à estabilização econômica e também para maximizar o valor de venda das empresas estatais nos leilões de privatização, a regulação econômica foi implementada sem que contasse com uma estratégia clara para a universalização.”³⁹²

A lógica regulatória foi invertida e, portanto, despreparada para a realização de planejamento, pois primeiro foram estabelecidos os valores máximos possíveis para os leilões e, posteriormente, foram definidas regras e planos regulatórios. “O

³⁹¹ Observa-se que o assunto está sendo tratado de forma geral, mas não significa que ocorra em todas as concessões. Cada serviço concedido e dependendo da região apresenta suas peculiaridades, seus problemas e as soluções não são as mesmas.

³⁹² COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 70. Segundo o autor, a reforma regulatória dos anos 90, em vistas ao programa de privatizações, atribuiu à iniciativa privada a realização de investimentos em infra-estrutura. As empresas privadas passaram a prestar serviços públicos por intermédio da concessão e, assevera o autor, “esperou-se, de maneira ingênua, que o setor privado realizasse esses investimentos espontaneamente e, com isso, fosse contemplada a universalização do acesso a tais serviços.” A regulação econômica foi concebida como um conjunto de técnicas utilizadas como instrumentos, deste modo, “a universalização do serviço público foi almejada como uma espécie de *efeito secundário desejável* da privatização. Isso ocorreu de tal modo que prevaleceu a faceta alocativa da eficiência econômica sobre a dimensão redistributiva das políticas públicas.” COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 70-72.

primeiro passo foi o encaminhamento das leis, e, depois, começaram a se discutir os conceitos básicos do modelo.³⁹³ A inversão, acompanhada da ausência de regras claras e previamente estabelecidas, causaram insegurança ao setor privado investidor e dificultaram a limitação do comportamento deste, em especial no que diz respeito à universalização.³⁹⁴

O despreparo regulatório mostra-se extremamente prejudicial à prestação eficiente dos serviços públicos, de modo mais preocupante ainda em relação à eficiência distributiva pois, como afirma Diogo R. Coutinho, a tendência é que a concessionária privada, diante da ausência e dubiedade das regras, opte pelo modo prestacional mais lucrativo, fato este que permite comportamentos oportunistas e disputas judiciais intermináveis. O autor comenta que, sem um cronograma de investimento claro e sanções para a hipótese de seu descumprimento, a empresa privada oferece inúmeras resistências ao atendimento das obrigações de universalização.³⁹⁵

Além disso, segundo Diogo R. Coutinho “não se nota no Brasil maiores preocupações com políticas redistributivas na regulação de serviços públicos prestados em áreas urbanas populosas *já servidas* por infra-estrutura. Ou seja: mesmo onde já houve investimentos na expansão de redes não se constata a existência de tarifas diferenciadas por renda (aposentados e pensionistas, assalariados de baixa renda, por exemplo) ou serviços mais baratos”.³⁹⁶

Constata-se que a regulação realizada tem prestigiado a eficiência em detrimento da universalização. Paulo Motta combate a regulação que transforma homens em mercadorias por ser contrária à Constituição e ao Direito. Segundo o jurista, deve ser adotada uma regulação que transforme indigentes em seres dotados de autonomia, doentes em sadios, ignorantes em educados, miseráveis em usuários e indolentes em trabalhadores. Desse modo, percebe-se a imprescindibilidade da atividade estatal para o serviço público universal.³⁹⁷

No caso do serviço público, as prestadoras e os usuários têm uma sujeição especial em relação ao Estado, diversa daquela geral à qual os cidadãos e as

³⁹³ PECCI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. A outra face da regulação: o cidadão-usuário de serviços públicos no novo modelo regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.3, p. 9-31, jul-set., 2003, p. 13.

³⁹⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 73.

³⁹⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 74.

³⁹⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 75.

³⁹⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 91.

demais atividades econômicas se submetem. Para Paulo Motta as diferenças regulatórias não se baseiam no econômico, mas no jurídico.³⁹⁸ A regulação da prestação de serviços públicos, para ser eficaz e eficiente, necessita de ampla especificação, diferentemente da regulação de qualquer atividade econômica.

Os prestadores de serviços públicos têm obrigações e os particulares da atividade econômica têm deveres. Na prestação de serviços públicos existe uma sujeição especial, estabelecadora de obrigações, cujas sanções pelo inadimplemento estão previstas em diversas normatizações regulatórias, diferentemente da sujeição geral, que estabelece deveres, aos quais, se descumpridos, cabem sanções necessariamente previstas no ordenamento jurídico positivado. Isso demonstra, segundo o publicista, a incompatibilidade da prestação de serviços públicos em regime privado uma vez que a sujeição geral e o correlato estabelecimento de deveres não têm o mesmo alcance protetivo que o sistema da sujeição especial. Diferenciação esta que se torna ainda mais relevante sob o ponto de vista da universalização.³⁹⁹

O autor defende a tese de que a regulação existente no Direito Administrativo da economia brasileira acaba por obstaculizar a universalização dos serviços públicos ao invés de garanti-la e apresenta alguns motivos para tanto:⁴⁰⁰ 1) porque o objetivo das privatizações não foi o da universalização material dos serviços públicos, mas o de gerar recursos para fazer frente aos compromissos com o FMI e pagar os juros das dívidas interna e externa. Depreende-se que o valor pago e o ágio nas privatizações foram repassados às tarifas e o critério de seleção da proposta mais vantajosa deveria ter sido o de maior pagamento do preço avaliado conjugado com a tarifa mais baixa, representando, ao menos, alguma preocupação com a universalização material dos serviços;⁴⁰¹ 2) regulação posterior à alienação das estatais, especialmente na energia elétrica, o que gera insegurança e não oferece um conjunto claro de regras que limite o comportamento privado, especialmente quanto à universalização⁴⁰² e 3) a questão do uso das estruturas dos serviços públicos de energia e telecomunicações.

³⁹⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 61, 70.

³⁹⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 66.

⁴⁰⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 3-4.

⁴⁰¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 170-171.

⁴⁰² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 171-177.

Segundo Motta, a universalização seria a única forma de assegurar o desenvolvimento econômico no Brasil.⁴⁰³ Contudo, ao defender-se, insistentemente, eficácia, lucratividade, eficiência e redução de custos das prestadoras de serviços públicos, e, por conseqüência, a privatização – alienação do capital público e subordinação a regime privado - está-se a se opor à universalidade do serviço público.⁴⁰⁴

As privatizações brasileiras, com poucas exceções, ressalta Paulo Motta, causaram o aumento das tarifas sem a melhoria dos serviços principalmente porque elas serviram para aumentar a arrecadação da União Federal ao invés de propiciar o desenvolvimento nacional.⁴⁰⁵ De acordo com o autor, se as reformas não propiciarem a universalização, apenas valerão para transformar o que era estatal em privado.⁴⁰⁶

Além da insuficiência legislativa e regulatória no tocante à universalização dos serviços públicos, conforme se observou, importa consignar, em síntese, duas situações distintas de não acesso aos serviços públicos: i) por ausência de prestação e/ou de infra-estrutura, que tem como causas: reduzidos investimentos, omissão por parte do Estado e desinteresse da iniciativa privada, seja por tratar-se de região distante, de difícil acesso em razão de suas condições geográficas⁴⁰⁷ ou pelas condições econômicas do local não serem atrativas; ii) outra hipótese de não acesso ocorre quando há infra-estrutura e prestação, mas as tarifas não são módicas ou, mesmo com tarifas módicas, existe efetiva impossibilidade econômica; situação esta de não acesso que tende a ser agravada com os efeitos redistributivos da concessão de serviços públicos.

Trata-se de causas diversas de não acesso; portanto, para combatê-las é necessário adotar instrumentos diferentes, mas de algum modo convergentes.

A questão da precária infra-estrutura do país é alarmante⁴⁰⁸, exige a adoção de medidas complexas e multidisciplinares, que envolvem não apenas diversas

⁴⁰³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 11.

⁴⁰⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 18.

⁴⁰⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 25.

⁴⁰⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 11.

⁴⁰⁷ Conforme anota Floriano Marques Neto: “O acesso a um serviço de telecomunicações pode não ser possível por condições estruturais. É o que ocorre quando não se tem o acesso pela inexistência de infra-estrutura apta a suportar a oferta de serviços em lugares ermos ou afastados. (...) se trata de inexistência de condições materiais”. MARQUES NETO, Floriano. *As Políticas...*, p. 84.

⁴⁰⁸ Segundo Diogo Rosenthal Coutinho “a infra-estrutura de um país é o aparato de suporte para muitas atividades econômicas. Tradicionalmente, esse setor abrange os mercados de energia

esferas do governo, do Estado, mas também da sociedade e demanda atuação urgente. O não acesso é somente um dos aspectos graves envolvidos.⁴⁰⁹

A complexidade do problema é traçada por Diogo R. Coutinho ao expor que a universalidade dos serviços públicos em países em desenvolvimento como o Brasil ainda é uma meta social remota. A dificuldade reside na ausência de redes de infraestrutura abrangentes o suficiente para englobar áreas distantes dos grandes centros, pouco povoadas e/ou de baixa renda. Ainda, o melhoramento das redes requer investimentos iniciais elevados, dificilmente recuperáveis; portanto, não atrativos à iniciativa privada. Além disso, a exploração destas infra-estruturas pressupõe regime de monopólio natural, o que torna complexa a possibilidade de operação conjunta e em regime de concorrência das infra-estruturas.⁴¹⁰

Ao Estado, compete, independentemente de prestar ou não os serviços públicos de modo direto, a responsabilidade pela infra-estrutura do país e pelo seu desenvolvimento, entendido no sentido não apenas econômico, mas também social.

A Constituição prevê, no art. 3º, o desenvolvimento nacional. Há que se ressaltar, contudo, que desenvolvimento compreende crescimento econômico, embora a este não se restrinja e a este pode ser contrário; por isso, crescimento não significa distribuição. Desse modo, o crescimento elevado, se desacompanhado de medidas distributivas e se isolado em determinado setor, pode representar, inclusive, um retrocesso em termos de desenvolvimento. Nesse sentido, o PIB – Produto Interno Bruto – não representa desenvolvimento do país, mas sim, crescimento econômico.

A privatização da prestação dos serviços públicos ocorrida nos últimos tempos foi acompanhada por reduzidas medidas desenvolvimentistas, embora o Estado destas não se desincumba, mesmo quando delega a prestação dos serviços.

O desenvolvimento envolve diversas áreas, como o Direito, a Sociologia, a Economia e, portanto, diversas medidas.⁴¹¹ Para o estudo é de extrema relevância o desenvolvimento em termos de acesso – usufruto – aos serviços públicos pela população, atrelado, necessariamente, à ampliação de infra-estruturas.

elétrica, telecomunicações, gás natural, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos, transporte urbano e saneamento básico." COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 65.

⁴⁰⁹ Serão traçadas algumas considerações gerais. Aspectos específicos, por envolverem conhecimentos interdisciplinares, devem ser analisados em outro momento.

⁴¹⁰ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 75.

⁴¹¹ Não obstante a relevância do assunto – desenvolvimento e investimento em infra-estruturas de serviços públicos – nesta oportunidade é apenas mencionado para dimensionar a problemática da universalização, pois o objetivo do estudo é o acesso individual em termos tarifários.

Não menos relevante que a precariedade e a ausência de infra-estruturas suficientes, senão mais, é o não acesso aos serviços existentes e, aqui em especial, aos concedidos à iniciativa privada. Neste sentido é que Marques Neto dispõe que a outra dimensão da universalização refere-se ao acesso individual⁴¹², que não se traduz apenas no acesso ao serviço – no acesso físico à rede – embora o pressuponha, é a denominada “universalização da fruição”. O autor defende a garantia de meios de acesso econômico ao serviço, o que compreende, no curso da progressiva universalização, modelos tarifários diferenciados.⁴¹³ Em outras palavras, universalização não se restringe à disponibilidade do serviço pois também abrange o seu efetivo usufruto.

Romeu Felipe Bacellar Filho registra, a título exemplificativo e sem generalizar as terceirizações, ter ocorrido no Brasil a democratização da telefonia; com isso o rol de usuários foi ampliado e o serviço deixou de ser usufruído por poucos.⁴¹⁴ Com o mesmo enfoque, dentre as atividades privatizadas e ainda sujeitas ao regime de serviço público, Diogo R. Coutinho aponta que as telecomunicações apresentam metas mais claras de universalização, mas, de todo modo, o fundo de universalização do setor sujeita-se a críticas quanto à alocação de receitas e saques pelas concessionárias.⁴¹⁵

Observou-se, contudo, mesmo após cinco anos de privatização do Sistema Telebrás, apesar da universalização promovida pela Anatel, haver brasileiros sem telefone, não pela falta de oferta, mas de condições para pagar a conta.⁴¹⁶

Diogo R. Coutinho foca a necessidade de inclusão dos usuários aos serviços e redes já existentes, ao ressaltar que não obstante a relevância de investimentos em infra-estrutura, estes não garantem ganhos compartilhados com os cidadãos hoje excluídos das redes de serviço público. “Em se tratando da universalização do acesso ao serviço público, para que se verifique aumento efetivo do bem-estar,

⁴¹² É uma decorrência do princípio da igualdade nos serviços públicos. ARAUJO-JUAREZ ressalta que os candidatos a usuários têm direito de acesso igual a todos aqueles que têm condições de acessar o serviço. Disso resulta que o prestador do serviço deve tratar do mesmo modo todos os terceiros que aspiram a acessar a prestação e não são permitidas barreiras ao acesso. *Manual de los derechos de los servicios públicos*. Caracas: Editores Vadell Hos., 2003, p. 142. Apud: IVANEGA, Miriam Mabel. *Op. cit.*, p. 29.

⁴¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Políticas..., p. 85.

⁴¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Natureza contratual..., p. 58.

⁴¹⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 79.

⁴¹⁶ Por exemplo, na área da Telemar, que abrange 16 estados, incluído o Rio, 279 regiões possuíam até três linhas telefônicas em uso, com quase 12.670 terminais sem uso e quase dois milhões de linhas à espera de usuários, de acordo com a pesquisa feita por PECCI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. *Op. cit.*, p. 23.

desde a perspectiva redistributiva, há que se promover, de forma pró-ativa, a inclusão de novos usuários às redes de saneamento básico, energia, telefonia e gás.”⁴¹⁷

Do mesmo modo, considera Fábio Nusdeo que, apesar dos avanços tecnológicos e desenvolvimento dos serviços públicos, os processos de desenvolvimento acabam por não propiciar maior bem-estar e melhor distribuição de renda, ou seja, não atingem grande parte dos indivíduos.⁴¹⁸

Em que pese a importância do aspecto estrutural para a universalização, o estudo é direcionado a esta segunda causa, relacionada ao acesso individual das pessoas e identificada como a insuficiência e/ou a ausência de condições econômicas dos usuários para custear a prestação privada de serviços públicos.

Além disso, no estudo das causas e mecanismos do acesso aos serviços públicos, necessário ter em vista que a concessão produz o fenômeno da redistribuição de riquezas, pois o custeio, em regra, é feito apenas pelo usuário. Essa redistribuição, diante da realidade brasileira, tende a ser mais uma causa de dificuldade do acesso, ainda mais sob o enfoque da fruição individual atrelada às condições econômicas do usuário. Assim, a redistribuição de riquezas, comumente, gerada pelas concessões pode ser vista como prejudicial à universalização, eis que diversa da distribuição solidarística de riquezas, orientada pela capacidade contributiva.

A redistribuição ocorre porque o serviço público concedido deixa de ser custeado pelo Estado, que o faz, em regra, com recursos provenientes da tributação. Nessa hipótese, toda a sociedade contribui para o serviço público, segundo a capacidade contributiva, em regra, independentemente do uso ou não do serviço público custeado.

Quando o serviço é prestado diretamente pelo Estado ou por intermédio de estatais, muitas vezes as tarifas pagas pelos usuários são quase simbólicas, logo, não correspondem ao efetivo custo da prestação, que é mantida pelo Estado com recursos de todos.

Rafael Bielsa expõe que “o serviço público concedido não pode ser mais oneroso do que se o prestasse diretamente o Estado. Porque se a concessão

⁴¹⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 66-67.

⁴¹⁸ NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24, p. 13.

agravasse a situação do usuário, o sistema não seria admissível ainda que transitório.”⁴¹⁹ No entanto, é muito provável que as tarifas do serviço concedido sejam mais elevadas que as tarifas ou taxas cobradas pelo Estado quando da prestação direta, pois o Estado pode prestar serviços deficitários, mas o particular não tem essa obrigação. Ao contrário, o particular tem o legítimo objetivo de extrair lucro a partir da prestação. Contudo, é também possível que o particular consiga tarifas mais reduzidas em razão de sua eficiência prestacional, o que demonstra a necessidade de refletir acerca da utilização que vem sendo feita do instituto e os mecanismos que ele mesmo oferece para propiciar a modicidade tarifária e a universalização.

Com a concessão do serviço público, este passa a ser custeado por aqueles que o utilizam – pelos usuários -, de acordo com a intensidade de utilização, ainda, com o acréscimo necessário à efetiva remuneração do concessionário, de modo que a sociedade deixa de arcar com os custos, o que representa profunda redistribuição de riquezas. Deixa de haver custeio segundo a capacidade contributiva, de acordo com a qual os economicamente mais fortes, em geral, financiam os usuários do serviço e o custeio passa a fundar-se na utilização.

Pode-se entender que o “fato de recair o ônus da obra e do serviço sobre os respectivos usuários, em vez de onerar toda a sociedade sob a forma de impostos, constitui, inclusive, um incontestável progresso na aplicação da justiça social e econômica.”⁴²⁰

É possível considerar que a cobrança da tarifa de pedágio, por exemplo, “é, socialmente, a forma mais justa de manter e melhorar as rodovias, considerando que 60% da população não as utiliza. Sem pedágio, parte do [sic] impostos que os não usuários pagam estaria sendo direcionada às rodovias concedidas que eles não usam, deixando de ser aplicada nos serviços que eles usam.”⁴²¹

A priori, este novo critério para o custeio dos serviços, “paga apenas quem usa e de acordo com a quantidade e intensidade do uso”, é muito mais lógico e razoável, principalmente sob o enfoque da eficiência econômica e da lógica de mercado. No entanto, como se ressaltou anteriormente, a concessão de serviços públicos, tem como objeto um serviço público, que é uma atividade envolvida por

⁴¹⁹ BIELSA, Rafael. *Op. cit.*, p. 399.

⁴²⁰ WALD, Arnoldo. *Pareceres...*, p. 94.

⁴²¹ DUARTE, Moacyr Servilha. *Op. cit.*, p. 12.

critérios muito diversos da lógica de mercado de consumo, do simples fornecimento de bens ou serviços. E a realidade sócio-econômica brasileira demonstra que, mediante pagamento, a grande maioria da população não tem condições de acessar o serviço público, cuja lógica, de satisfação de necessidades, não está atrelada a ter ou não ter condições econômicas.

Paulo Motta denuncia que os custos da universalização, por meio de vários instrumentos jurídicos, são atribuídos aos usuários, bem como o aumento de tarifa para garantir a expansão das redes o que, na sua óptica, seria obrigação legal e contratual da empresa prestadora.⁴²²

Floriano Marques Neto relata, a respeito, no setor de telecomunicações, uma primeira onda de universalização, na qual toda a coletividade de usuários arcou com a ampliação da rede do serviço telefônico fixo comutado – STFC para permitir o acesso de pequenas comunidades, mesmo sem perspectiva de retorno do investimento.⁴²³

Constata-se a problemática de a intensificação da concorrência e da prestação por particulares, os quais têm objetivo de auferir lucro, tender a relacionar o usuário do serviço com as suas condições econômicas, fato este que pode ir na contramão da universalização dos serviços. Identifica-se que os serviços públicos no Brasil estão sob o tradicional conceito de serviço público e sob a livre competição, de modo que se submetem a dois regimes distintos e, muitas vezes, conflitantes.⁴²⁴

Cármem Lúcia Antunes Rocha, observando a tendência neoliberal, denuncia que

“não se quer o cidadão, senão que o que agora se busca é o consumidor. É ele que satisfaz o mercado, que realiza o lucro, programado segundo a necessidade do mercador, formador do seu próprio mercado, e não segundo a demanda do indivíduo, integrante e partícipe da sociedade política. As práticas impostas mais que propostas ao Estado amalgamam-se num modelo administrativo e político em que o sistema de Direito é estabelecido para atender às conveniências do mercado. Pelo que, quanto menos Direito, quando menor a regulação por normas, quanto menos Estado enfim, mais mercado, mais vontades particulares sem restrições, mais consumo indiscriminado, mais lucro.”⁴²⁵

Desse modo, a autora ressalta que os não pagantes são excluídos do mundo, do Estado, da sociedade: “são as legiões de ‘excluídos sociais’, cada vez

⁴²² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 14.

⁴²³ MARQUES NETO, Florian. *As Políticas...*, p. 85.

⁴²⁴ Conforme expõe Paulo Motta em *Regulação...*, p. 11.

⁴²⁵ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios...*, p. 505.

mais indignos, esgueirando-se pelas sombras de viadutos construídos para os que têm carros, anulando-se nos vãos dos esgotos das cidades que se querem cada vez mais vazias de cidadãos.”⁴²⁶

A complexidade da concessão reside em que uma empresa privada, ainda que prestadora de serviços públicos, inserida em um mercado competitivo, tem o legítimo objetivo de obter lucro. Por outro lado, o serviço público é dever do Estado e tem por fim a satisfação de necessidades essenciais dos indivíduos, figurando-se como um excelente instrumento para concretização de direitos fundamentais e realização dos princípios e objetivos fundamentais da República, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Se o serviço público tem por fim a satisfação de necessidades essenciais, é provável que os mais necessitados do serviço sejam também os mais desprovidos de recursos financeiros para remunerá-lo. Depreende-se, assim, que o acesso aos serviços públicos não pode estar atrelado à capacidade de remunerá-lo, muito menos de propiciar lucro ao concessionário, pois, se estiver, sua finalidade estará desvirtuada. O usuário “detém direito subjetivo a uma determinada prestação de serviço de titularidade estatal, que deve ser realizada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes.”⁴²⁷

A atividade concedida, para cumprir com os objetivos que lhe são próprios e compatibilizar-se com a Constituição, deve ter em vista o usuário em sentido amplo, no sentido de abranger todos os indivíduos que precisem satisfazer as suas necessidades essenciais representadas na prestação concedida.

A questão eleita, do óbice ao acesso ao serviço público por ausência de modicidade tarifária e/ou condições financeiras dos usuários, deve ser vista em conjunto com os efeitos propiciados pela concessão e sopesada com as características deste instituto, a fim de se identificar eventuais alternativas que possam ampliar o acesso.

Assim, diante das modificações ocorridas nos últimos tempos, sociais, políticas, econômicas, no Brasil e no exterior, que acarretaram também modificações jurídicas, e vice-versa, faz-se necessária a adoção de um modelo de concessões, adaptado ao contexto contemporâneo brasileiro, que viabilize o acesso ao serviço concedido. E a concessão é uma medida que pode viabilizar o acesso pois une os

⁴²⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios...*, p. 505.

⁴²⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 41.

diversos segmentos da Sociedade e é uma forma de realização de políticas públicas, destinada à realização de valores fundamentais.

3.2 DIMENSÃO DO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Dentre as possíveis causas dificultadoras do acesso aos serviços públicos, o estudo volta-se ao aspecto econômico, atinente à remuneração do serviço público concedido, para a fruição individual da prestação.

A partir dessa premissa, procura-se dimensionar, na realidade brasileira, a problemática do não acesso, a necessidade de universalização e o porquê de tal necessidade.

O aumento da exclusão social, conforme expõe Gilberto Dupas, pode ser atribuído ao discurso hegemônico neoliberal do pós-Guerra Fria e suas propostas de políticas públicas e econômicas mal sucedidas na América Latina.⁴²⁸ O autor observa que após quinze anos de políticas neoliberais os países latino-americanos apresentam quadros graves e crescentes de miserabilidade.⁴²⁹

Na percepção de Cármen Lúcia A. Rocha, na lógica neoliberal globalizante, a exclusão ocorre porque a inclusão de todos não garante lucro. Ela enfatiza que “A exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de sua honorabilidade social, porque se põe como alguém que não é útil e, note-se aqui, no sentido

⁴²⁸ Alerta o autor que, apesar da ajuda no controle das situações hiperinflacionárias no Brasil, na Argentina e no Peru, “A consequência dessas políticas foi um aumento significativo da exclusão social, em meio a uma sucessão de crises que afetou boa parte dos grandes países da periferia. Enquanto isso, a marcha acelerada da globalização constrangia progressivamente o poder dos Estados nacionais, subordinando-os a metas monetárias rígidas que os impediram de praticar os princípios keynesianos que vigoraram na maior parte da segunda metade do século que findou.” DUPAS, Gilberto. A América Latina e o novo jogo global. In: _____. (Coord.) *América Latina no início do século XXI: perspectivas econômicas, sociais e políticas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer e Fundação Editora da UNESP, 2005, p. 327.

⁴²⁹ DUPAS, Gilberto e OLIVEIRA, Fábio Villares de. Uma visão estrutural da dinâmica econômica da América Latina. In: DUPAS, Gilberto. (Coord.) *América Latina no início do século XXI: perspectivas econômicas, sociais e políticas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer e Fundação Editora da UNESP, 2005, p. 36.

utilitário, de não dar lucro, de não ser fonte de utilidade segundo os paradigmas de uma economia que rejeita o homem e o faz repulsar-se a si mesmo.”⁴³⁰

O capital sempre necessitou dos serviços públicos para manter-se e permitir-lhe saltos qualitativos mediante saúde, saneamento e educação de sua mão de obra. Parece que a justificativa pela qual os neoliberais apresentam a “morte do serviço público” e a sua substituição pelo mercado reside na dificuldade técnica e financeira de se universalizar os serviços públicos diante do intenso volume populacional, ou seja, não há lugar para todos.⁴³¹

A razão é que, conforme observa Paulo Motta

incluir todos custa muito caro e o retorno dos investimentos, bem como o percentual dos mesmos, não é eficaz, para remunerar capitais que ganham muito mais, em muito menos tempo, nos mercados periféricos, que ao estriarem seus sistemas econômicos no modelo neoliberal, necessitam, desesperadamente, de aportes de dinheiro estrangeiro, nem que o mesmo utilize estas nações como motéis de alta rotatividade. Ou seja, não fazer é muito mais lucrativo do que fazer.

Por esta razão, o serviço público, que é incluyente pela sua própria natureza, e requer grandes aportes, fundamentalmente na construção e manutenção de estruturas e redes, deve ser substituído pelo mercado, que ao selecionar as *mercadorias* pelo valor puramente econômico das mesmas, se torna excludente.⁴³²

A concorrência tende a beneficiar o usuário já inserido no mercado, porém, não é um instrumento de inclusão e ampliação de acesso, especialmente de pessoas em situação econômica desfavorável e/ou localizadas em regiões de acesso mais restrito. O investimento em universalização ocorre, como resultado da concorrência, apenas quando ela representar maior rentabilidade.⁴³³ Com isso, evidencia-se a necessidade de estabelecimento de metas e regras bem específicas e suas respectivas sanções.

É possível, contudo, estabelecer metas de universalização conjugadas com a concorrência como, por exemplo, no setor de telecomunicações, no qual foi incentivado o cumprimento das metas universalizadoras como condição para a expansão das concessões a outras áreas geográficas.⁴³⁴

⁴³⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, p. 24-49, 1999, p. 43 e 47.

⁴³¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 82.

⁴³² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id...*, p. 83.

⁴³³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 76. O autor comenta não ser difícil imaginar que uma empresa privada, submetida ao regime de concorrência, deixe de realizar investimentos em universalização para evitar uma grande desvantagem concorrencial.

⁴³⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 76.

Ocorre que na maioria das situações não é possível compatibilizar universalização e concorrência tendo em vista o elevado número de pessoas sem acesso às redes básicas. Assim, para proceder à universalização, fazem-se necessários mecanismos reguladores distintos e possivelmente contrários à concorrência.⁴³⁵

Na acepção de Diogo R. Coutinho, a universalização no Brasil demanda não apenas medidas de financiamento e tarifação, mas uma formulação mais minuciosa que considere o desemprego e a renda da população. Desse modo, a regulação em vistas à universalização requer também políticas públicas não regulatórias e um sistema tributário progressivo que funcione para a redistribuição da riqueza.⁴³⁶

A reforma do Estado no Brasil atribuiu um papel secundário à universalização e não considerou a realidade econômica brasileira: a precariedade da rede de infra-estrutura de serviços públicos existente e a demanda por investimentos para sua ampliação, indispensável à prestação de serviço público adequado.⁴³⁷

A necessidade de inclusão é veemente pois, de acordo com o Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o desafio da democracia latino-americana “es encontrar soluciones a la desigualdad, la pobreza y la actual imposibilidad de acceso de gran parte de la población a los niveles de bienestar necesarios para el pleno ejercicio de los derechos.”⁴³⁸ Ainda, o Protocolo Adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Protocolo de São Salvador, estabelece que o Estado deve garantir o acesso universal ao serviço público a todos os cidadãos.⁴³⁹

Paulo Motta, tendo em vista ser o princípio da universalidade nuclear ao serviço público, aduz que “se o Estado possui o dever inescusável de promover a prestação do serviço público, este, somente pode ser tido como cumprido, se todos os cidadãos, que se enquadrarem nos dispositivos legais, forem alcançados pelo

⁴³⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 76-77.

⁴³⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 77.

⁴³⁷ Conforme ressalta COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 79.

⁴³⁸ PNUD. *La Democracia en América Latina*. Nova York: Naciones Unidas, 2004. In: DUPAS, Gilberto. (Coord.) *América Latina...*, p. 215.

⁴³⁹ Jorge Salomoni explicita, de acordo com o entendimento da Corte Interamericana e da Corte argentina, que uma norma como esta, a qual afirma na sua redação que uma pessoa “tem direito a”, é operativa e não programática pois “ter direito a” não necessita de regulamentação. Assim é que o serviço público, afirma o autor, não é uma potestade, mas um direito. *Ordenamientos internacionales...*, p. 28-29.

mesmo. Esta é, indubitavelmente, a materialização da supremacia do interesse público (...).”⁴⁴⁰

Carlos Ari Sundfeld dá relevo ao problema afirmando: “especialmente no Brasil, os ‘sem serviço’ ainda são o nó principal: há milhões de pessoas sem telefone, energia ou saneamento. Universalizar serviços básicos continua sendo um de nossos maiores desafios. Por isso, é preciso impor metas de expansão às prestadoras, no interesse dos excluídos, (...)”⁴⁴¹.

Alketa Peci e Bianor Cavalcanti denunciam que o “modelo reconhece – embora teoricamente – o usuário de serviços públicos como um importante ator, mas não considera o cidadão brasileiro. O cidadão que, ainda em grandes números, não é usuário dos serviços, mas que tem direitos, assim como os usuários.”⁴⁴²

Devem ser incluídos os 26 milhões de cidadãos que, de acordo com o Relatório de PNUD de 1999, não têm acesso mínimo à saúde, educação e serviços básicos. Computa-se que 24% da população não acessa água potável, 30% não tem esgoto e 15 milhões de pessoas não dispõem de energia elétrica. Estima-se a existência de 100 mil comunidades isoladas e 3 milhões de propriedades rurais sem eletricidade, portanto, a universalização é inadiável.⁴⁴³

⁴⁴⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 152

⁴⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 34.

⁴⁴² A outra face da regulação: o cidadão-usuário de serviços públicos no novo modelo regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.3, p. 9-31, jul-set., 2003, p. 23.

⁴⁴³ Conforme anotam PECI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. *Op. cit.*, p. 24. Na Síntese dos Indicadores Sociais 2005, realizada pelo IBGE, afirma-se que a cidadania está relacionada à existência dos serviços públicos. O IBGE, a respeito, ressalta que os dados são colhidos a fim de se verificar a capacidade de o Poder Público acompanhar a velocidade dos assentamentos humanos no Brasil e, assim, orientar à formação de políticas públicas. De acordo com a Síntese dos Indicadores Sociais 2006 – IBGE, são computados 44,9 milhões de domicílios urbanos no Brasil. Em 2005, constatou-se que 20,7% dos domicílios brasileiros estão na linha de pobreza, ou seja, incluem-se dentre aqueles com menos de meio salário-mínimo *per capita*. A menor concentração de renda familiar é verificada no Nordeste, onde 39,7% dos domicílios apresentam a referida condição econômica, seguido pelo Norte, com o índice de 31,8%. Do mesmo modo, no norte e no nordeste encontram-se os maiores índices de, respectivamente, 60,3% e 2/3 da população com renda per capita de até um salário mínimo, conforme indicadores de 2005. Diante da concentração da linha de pobreza nas regiões norte e nordeste, em contraposição ao fato de a maior parte dos domicílios urbanos e, conseqüentemente, da população se concentrar na região sudeste (49%), é evidente, portanto, a dificuldade de alocação de recursos e investimentos em serviços públicos. De um lado, há um certo número de pessoas, na sua maioria, sem acesso aos serviços, mas também sem condições financeiras para remunerá-los. Do outro, grande número de pessoas, onde a maioria tem acesso e condições mais favoráveis para a remuneração. O IBGE vem constatando o reduzido índice de acesso à telefonia fixa (55,5 % dos domicílios), mesmo na região sudeste, a qual, não obstante apresentar o maior índice, este ainda é de 65,3% dos domicílios. Em 2005, 61,1% dos domicílios brasileiros possuíam acesso aos serviços de abastecimento completo (abastecimento de água com canalização interna, ligação à rede geral de esgotamento sanitário e/ou rede pluvial e atendimento por coleta de lixo domiciliar). Dentre os domicílios identificados na linha de pobreza – que convivem com até meio salário mínimo mensal *per capita* – apenas 39,1% têm acesso ao abastecimento completo, enquanto 82% dos domicílios com renda de até 5 salários mínimos têm acesso. Observa-

Não se olvida que há interesse público no efetivo acesso – no uso – ao serviço público, de modo que quanto mais intensa for a necessidade a ser satisfeita mais evidente, diante da ausência de condições, a impossibilidade de imputar o ônus econômico do acesso apenas ao usuário, mas reparti-lo com a sociedade.

Cesar Guimarães Pereira defende a tese que nos serviços *uti singuli*, portanto, aqueles que podem ser prestados por concessionário, existe uma relação jurídica concreta entre prestador e usuário de modo que a satisfação deste é que realiza o fim público do serviço.⁴⁴⁴ Inclusive, o usuário é, de certo modo, “instrumental” uma vez que a sua satisfação é funcionalizada; o serviço público não visa apenas o interesse do usuário mas o interesse público subjacente ao serviço no qual reside o interesse de que haja fruição individual pelo usuário. “A realização do interesse coletivo pressupõe o atendimento do interesse individual do usuário” de tal modo que o serviço público em sentido estrito não existe e perde sua razão de ser sem o uso de seus destinatários,⁴⁴⁵ sem acesso, o próprio serviço público não se realiza.

Observa-se que o Estado, a partir do texto constitucional, tem que prestar os serviços de modo direto – com exclusividade ou complementariedade – ou indireto, propiciando a prestação por particulares. Na acepção de Paulo Motta, a Constituição confere direito subjetivo para o cidadão exigir do Estado a prestação de serviços públicos, o que corrobora a afirmação de a universalização material formar o núcleo

se, assim, que há maior acesso aos serviços de abastecimento dentre aqueles domicílios com maior renda. O abastecimento de água atinge 90,4% dos domicílios brasileiros, mas a desigualdade regional é flagrante eis que o Norte apresenta 32,6% de seus domicílios sem acesso ao abastecimento de água, com maior destaque a Rondônia, com índice de 46,8%. No estado do Rio de Janeiro, o percentual de não acesso ao abastecimento é 10,7% mas, em razão da elevada concentração de habitantes, tal índice é alarmante, uma vez que cerca de 512 mil domicílios não têm fonte segura de água se comparados, por exemplo, aos 51,9% de Rondônia, que representam 154 mil domicílios. Quanto ao esgotamento sanitário por rede geral, 2/3 dos domicílios são atendidos, todavia, a diferença é significativa pois 89,1% dos domicílios da região Sudeste são atendidos contra apenas 10,5% da região Norte. Acerca da coleta de lixo, em 2004, 88,3% dos domicílios brasileiros eram atendidos, com destaque à região Sul, com o índice de 93,7%, sendo que as regiões Norte e Nordeste permaneceram abaixo da média nacional. Em 2005, notou-se a ampliação do acesso com o atendimento de 89,8% dos domicílios. Disponível em:

www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2005/indic_sociais2005.pdf, p.155-172. Acesso em: 16 fev. 2007.

www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2006/indic_sociais2006.pdf, p. 133-151. Acesso em: 16 fev. 2007.

⁴⁴⁴ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 4 e seguintes.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Id.*, p. 4-5. O autor esclarece que “o usuário é instrumental apenas no sentido de que, por meio da sua conduta individual, realiza a dignidade própria e da coletividade que integra.” *Id.*, p. 34-35 e 79.

do serviço público.⁴⁴⁶ Há na Constituição “uma reserva de serviço público que, pouco importando a forma de prestação do mesmo, determina a observância material do regime jurídico do Direito Público com a finalidade de garantir, também materialmente, a universalidade.”⁴⁴⁷

O serviço público, diferentemente da atividade econômica em sentido estrito, é prestado ao indivíduo, ao usuário, ao cidadão e não apenas ao consumidor. Pode ser que o indivíduo usuário do serviço público também se afigure como consumidor, mas uma qualificação não substitui a outra.⁴⁴⁸ A relação do usuário não se encerra na questão de consumo das utilidades públicas que são colocadas à sua disposição. O indivíduo que pretende questionar e/ou reclamar a prestação de serviço público para si não necessita de uma nota fiscal comprovando a contratação do serviço, um dano ou etc., apenas da sua condição de ser humano.

Monica Spezia Justen ressalta que “a lógica da concorrência, com todo o seu valor e eficiência, não pode prevalecer sobre a lógica da proteção ao ser humano.” Por esse motivo a autora recomenda que as transformações de ordem política e econômica dos serviços públicos não descurem da “relação entre o serviço público, o interesse público, os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana”.⁴⁴⁹

Neste sentido, interessante a distinção entre consumidor e usuário elaborada por Cristiane Derani, segundo a qual

consumidor é aquele que vai ao mercado procurar, segundo uma relação de oferta e preço, os bens de que precisa. O usuário não escolhe pela relação existente de oferta de bens e respectivo preço a mercadoria mais apta ao seu desejo e poder aquisitivo. O usuário é aquele que constantemente faz uso de uma quantidade de determinada mercadoria para sua existência social, uso que independe do preço, da oferta e da escassez de mercado.⁴⁵⁰

O serviço público deve ser adequado, ou seja, dentre outros requisitos,⁴⁵¹ tem que ser atual, contínuo, regular, universal e com tarifas módicas, enquanto na

⁴⁴⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 157.

⁴⁴⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 161.

⁴⁴⁸ Aliás, conforme ressalta Cesar Guimarães Pereira, um mesmo indivíduo pode ser usuário, cidadão, administrado, beneficiário e contribuinte, dependendo do ângulo de análise e sem desconsiderá-lo como pessoa singular. O autor lembra, contudo, que as qualificações não se equivalem. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 44.

⁴⁴⁹ JUSTEN, Monica Spezia. *Op. cit.*, p. 230.

⁴⁵⁰ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 76-77.

⁴⁵¹ Nos termos do art. 6º da Lei 8.987/95 serviço adequado é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.

relação de consumo, vedadas as práticas abusivas, pode haver negociação quanto aos valores dos produtos e serviços bem como redução de qualidade mediante abatimento do preço. Ainda, os produtos e serviços que ensejam relações de consumo não necessitam ser ofertados e acessíveis ao público em geral, vale dizer, não têm obrigação de universalidade, de continuidade e regularidade. O usuário é “credor” diante do Estado, ele tem direito ao oferecimento de prestações ou, pelo menos, de justificativas pelo não oferecimento. O usuário tem direito à criação e à organização do serviço público e o consumidor, como a atividade privada rege-se pela livre iniciativa, não detém direito equivalente.⁴⁵²

A relação jurídica do usuário é regida pelo direito público, portanto, o prestador do serviço é sujeito a intenso controle. Em certa medida, o interesse do usuário se confunde com o interesse público.⁴⁵³

Em que pese a relevância do sistema de proteção e defesa do consumidor, esta esfera jurídica não é equivalente e, portanto, não substitui aquela própria da prestação de serviços públicos – do usuário em sentido amplo -, apesar de ambas estarem albergadas pela Constituição da República.⁴⁵⁴ As relações são distintas, bem como as obrigações, responsabilidades, princípios e regimes.⁴⁵⁵ Não significa, contudo, que as normas do Código de Defesa do Consumidor não se apliquem aos usuários por completo; registra-se, inclusive, “a utilidade de se adotar o *modo de pensar* do CDC na solução dos problemas do serviço público. O sistema do CDC ajuda a compreender melhor a extensão dos direitos dos usuários no âmbito do direito público, ainda que não seja, em termos gerais, fonte normativa de direitos dos usuários de serviços públicos.”⁴⁵⁶

A importância do CDC no âmbito do regime dos usuários de serviços públicos é ressaltada por Adilson Dallari, ao afirmar que ele “permite aos usuários de serviços públicos acionar o Ministério Público para exigir seu direito a um serviço

⁴⁵² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, 56.

⁴⁵³ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Id.*, *Ibid.*

⁴⁵⁴ Lembra-se, inclusive, que a Emenda Constitucional nº 19/1998 previu, no seu art. 27, a elaboração de Lei de defesa do usuário de serviços públicos, ainda não promulgada.

⁴⁵⁵ Cesar Guimarães Pereira ressalta, contudo, a aproximação de regimes com a inserção da concorrência e aumento da liberdade dos prestadores. Para o autor, usuários e consumidores são conceitos distintos, mas reconhece no CDC normas de direito administrativo aplicáveis apenas aos usuários, integrantes do regime jurídico das concessões. Ainda, Guimarães Pereira, observa que algumas normas do CDC, nos termos do disposto no art. 7º da Lei 8.987/95, são aplicáveis aos usuários, desde que compatíveis com o regime de direito público, não obstante, grande parte do regime consumerista mostra-se incompatível com o regime dos usuários de serviços públicos. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 57, 133-242.

⁴⁵⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Id.*, 154.

público suficiente, eficiente, prestado por preço razoável e permanentemente à disposição de todos, de toda a coletividade, sem discriminações.”⁴⁵⁷

Ainda, e como um dos principais diferenciais, o usuário tem, constitucionalmente assegurado no art. 37, §3º da Constituição, direito de reclamação com vistas à participação na Administração Pública de forma a colaborar com o modo, estrutura e adequação da prestação de serviços públicos. De tal sorte, ao usuário é assegurada a qualidade de sujeito ativo da produção material do serviço público, enquanto o consumidor não participa do processo produtivo, apenas pode reclamar e requerer indenização, quando for o caso.

Paulo Motta exemplifica que o desrespeito aos direitos públicos subjetivos do usuário em muito difere da indenização de conteúdo econômico e moral por ventura atribuída ao consumidor. O usuário “busca, na sua participação ativa, a indenização política, democrática, republicana, cidadã” e ele não precisa consumir ou mesmo usufruir para ser titular deste direito público subjetivo⁴⁵⁸ pois o direito de participação e reclamação não é condicionado ao usufruto do serviço.

O serviço público apresenta uma dimensão ética atrelada à satisfação das necessidades essenciais dos indivíduos e à capacidade de realização da dignidade da pessoa humana. Essa dimensão ganha especial importância no que se refere ao custeio em razão das realidades social e econômica brasileiras. Grande parte dos brasileiros não acessa serviços básicos e essenciais⁴⁵⁹, bem como não possui

⁴⁵⁷ DALLARI, Adilson de Abreu. *Op. cit.*, p. 215.

⁴⁵⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 168.

⁴⁵⁹ De acordo com reportagem divulgada pelo PNUD, os brasileiros têm mais TV em cores do que esgoto. “O número de famílias brasileiras com TV em cores é maior do que o das que desfrutam de serviços adequados de saneamento. Essa situação ocorre em todas as faixas de renda e em todos os Estados, embora a diferença seja maior entre os mais pobres. No Brasil, há 162,9 milhões de pessoas que moram em domicílios com televisão colorida — 32,3% a mais do que os 123,2 milhões que estão em domicílio com rede coletora de esgoto ou fossa séptica. Os dados foram extraídos da PNAD 2005 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio), que traz os números brasileiros mais recentes na área de saneamento. (...) Os dados indicam o atraso do país na cobertura de esgoto, o que coloca em risco o cumprimento de uma das metas do sétimo Objetivo de Desenvolvimento do Milênio (garantir a sustentabilidade ambiental). Para que a meta seja cumprida, o Brasil precisa levar o saneamento para 85,5% da população até 2015. Atualmente, 75% dos brasileiros contam com o serviço, segundo o RDH (Relatório de Desenvolvimento Humano) 2006, publicado pelo PNUD. A PNAD, que usa critérios diferentes, aponta que 67,11% dos brasileiros moram em domicílio com acesso adequado a saneamento, e 26,83% são servidos por outros tipos de esgoto. O próprio relatório — que apresenta dados de 177 países — aponta que o *déficit* brasileiro se deve, principalmente, à falta de cobertura entre as populações de baixa renda. Enquanto os 20% brasileiros mais ricos têm um nível de acesso a esgoto igual ao dos países desenvolvidos, os 20% mais pobres têm uma cobertura inferior à do Vietnã (que ocupa a 109ª posição no *ranking* mundial de desenvolvimento humano).” BEDINELLI, Talita. Brasil tem mais TV em cores do que esgoto. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 19 mar. 2007, Reportagem.

recursos para custear tais serviços assim, “a privatização dos serviços públicos, se em geral aumentou a sua qualidade, tem exigido ajustes tarifários acima da capacidade de renda da população.”⁴⁶⁰ Por conseguinte, o fenômeno da redistribuição de riquezas gerado pelas concessões é um grande problema para aqueles menos favorecidos financeiramente, pois, utiliza o serviço público quem possui condições de arcar com o seu custo e quem não as tem, não usa. Ademais, sob o ponto de vista econômico de mercado, não é atraente estender e universalizar a prestação de serviços a regiões distantes e carentes, sem condições de custear o serviço. Desse modo, uma parcela considerável da população brasileira não usufrui de serviços públicos, cuja titularidade é do Estado e a quem incumbe satisfazer necessidades essenciais e implementar a dignidade da pessoa humana.

Ainda, de um modo geral, os menos favorecidos residem em regiões mais distantes dos grandes centros, carentes de infra-estrutura, o que agrava a situação, pois, além do fato de não possuírem condições de remunerar o concessionário, as utilidades essenciais, que porventura vierem a fruir, apresentam custos mais elevados, se individualmente consideradas.

Cármén Lúcia Antunes Rocha verifica que apenas aqueles que podem pagar pelos direitos possuem o direito de serem e permanecerem incluídos no grupo; aos demais é destinada a exclusão da comunidade.⁴⁶¹

Diogo Rosenthal Coutinho questiona como combinar, no contexto pós-privatização, eficiência, investimentos para a ampliação da infra-estrutura de serviços públicos – nem sempre rentáveis – e a promoção da universalização. Em outros termos, o autor reflete sobre como compatibilizar o ideal privado de lucro e as políticas públicas sociais inclusivas.⁴⁶² Apesar das dificuldades em “mudar as regras do jogo tendo ele já começado”, Coutinho verifica a possibilidade de “dar início a um pensamento inovador que possa contribuir para a elaboração de uma nova equação

Disponível em: <http://www.pnud.org.br/saneamento/reportagens/index.php?id01=2635&lay=san>. Acesso em: 18 abr. 2007.

⁴⁶⁰ DUPAS, Gilberto. *A América Latina...*, p. 315.

⁴⁶¹ Nas próprias palavras da autora: “Desde a década de 80, o que se tem é uma tentativa do império do dinheiro de desbatar todas as conquistas e voltar ao comércio de coisas e de homens. Só os que podem pagar pelos direitos, apenas os que podem mostrar merecimento pelo preço das coisas com que se ostentam socialmente é que se fazem titulares do direito de permanecerem membros do grupo. Aos outros cabe excluir-se da comunidade.” ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *O princípio...*, p. 40.

⁴⁶² COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 65.

em que investimentos em construção de infra-estrutura faltante sejam previstos em maior intensidade e obtidos com mais eficácia.”⁴⁶³

Em abordagem preliminar, o referido autor esclarece que a eficiência, além de alocativa – majoração do bem-estar agregado -, deve ser vista sob a forma distributiva, ou seja, eficiência na distribuição dos benefícios advindos do acréscimo de bem-estar. A primeira reflete um crescimento econômico, enquanto a segunda, eficiência distributiva aponta para o desenvolvimento.⁴⁶⁴ Nestes termos, a eficiência distributiva em serviços públicos requer a universalização do acesso a estes mediante a inclusão de novos usuários – ou dos excluídos – às redes de telecomunicações, água, esgoto, energia e transporte.

De acordo com Calixto Salomão Filho, em oposição à gestão abstrata e macroeconômica do Estado, própria dos períodos liberal e keynesiano, advém na época atual a função estatal de redistribuição, a qual não é própria ao mercado e aos particulares.⁴⁶⁵

Paulo Motta também defende que o, sempre grande e mais nobre, papel do Estado, aquele que legitima a sua existência, é o de distribuidor. Dessa forma, sustenta que a regulação deve ser utilizada como “instrumento da devida e necessária distribuição dos frutos do desenvolvimento econômico.”⁴⁶⁶

Quando se exige que o fornecimento seja estendido àqueles que não têm acesso, trata-se de uma redistribuição direta, também denominada universalização de serviços, que representa um dos modos mais amplos de política pública de subsídios entre alta e baixa renda.⁴⁶⁷ A redistribuição não implica em apenas disponibilizar os serviços, mas também na possibilidade de usufruto por todos – universalização material.

Em geral, a universalização não é lucrativa; ela não atrai o investimento das empresas privadas apenas em razão dos efeitos sociais positivos gerados⁴⁶⁸ como, por exemplo, os benefícios sócio-econômicos decorrentes de novos investimentos

⁴⁶³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 80.

⁴⁶⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 65-66.

⁴⁶⁵ “É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 41.

⁴⁶⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 143.

⁴⁶⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁶⁸ As externalidades sociais podem ser definidas como “todas as formas de interdependência direta entre membros de um sistema econômico que não ocorrem por meio de mecanismos de mercado ou que não são totalmente medidas por critério de preço.” PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. *A Regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil*, p. 219. Apud: COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 82.

realizados em razão da maior oferta em energia elétrica, saneamento, telecomunicação e transportes, razão pela qual faz-se necessária a intervenção direta do Estado⁴⁶⁹.

Irretocáveis as considerações de Diogo Rosenthal Coutinho acerca das externalidades sociais positivas, as quais se transcrevem

É muito difícil aferir e quantificar as externalidades sociais positivas decorrentes da universalização. Se fosse possível, contudo, contabilizar os ganhos de bem-estar manifestados sob essa forma, ver-se-ia que a melhoria efetiva de condições de acesso a serviços públicos traz efeitos positivos exponenciais. Para usar um exemplo da área de saneamento básico, basta tentar imaginar o efeito concreto de se expandir uma rede de esgoto a um bairro desassistido. A potencialidade de ganhos de bem-estar é infinita e se projeta no tempo por diversas gerações de pessoas que não mais, por exemplo, contrairão doenças em razão da utilização de água não tratada. Da mesma forma, são inesgotáveis as possibilidades, sob a forma de externalidades positivas, que passa a ter, por exemplo, uma família a quem se oferece o consumo de energia elétrica. Guardadas as diferenças, pode-se dizer o mesmo para os demais serviços públicos prestados em rede de infraestrutura.⁴⁷⁰

Evidencia-se a importância das políticas redistributivas pois elas não apenas disponibilizam os serviços a todos – universalização formal – mas também permitem a efetiva utilização – universalização material.⁴⁷¹ Os benefícios gerados pelo acesso e disponibilização dos serviços públicos aos indivíduos são, na sua maioria, imensuráveis em termos econômicos, mas facilmente apreensíveis em termos de bem-estar individual e de todos.

Ocorre que a universalização requer intervenção ativa e programada do Estado, mediante planos estratégicos a longo prazo “que defina obrigações de investimento por parte dos setores público e privado. Desse crucial estudo decorre, portanto, a possibilidade de as empresas interessadas na privatização organizarem-se para financiar investimentos em coordenação com o Estado, cujo papel na universalização do serviço público é fundamental.”⁴⁷²

⁴⁶⁹ Calixto Salomão Filho esclarece que “as principais propostas para resolução do fornecimento universal baseiam-se, exatamente, em soluções estatais ou quase-estatais”. O autor aponta que a instituição da contribuição de intervenção no domínio econômico, prevista no art. 149 da Constituição, seria uma solução apropriada para a questão da universalização. A contribuição significa um ônus para um setor ou empresas beneficiadas por prestar determinado serviço ou atuar em determinada atividade, como ocorre nos monopólios de redes, e também pode auxiliar no financiamento da intervenção compensatória do Estado na atividade. Desse modo, a contribuição pode servir para reequilibrar um setor, tanto em termos de concorrência como de acesso, contudo, a universalização volta-se diretamente aos “consumidores”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 42-43.

⁴⁷⁰ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 82.

⁴⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁷² COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, 72-73. Interessante observar que “o Paraná prevê cumprir em março a meta estabelecida pelo “Luz para Todos” — programa do Ministério de Minas e Energia

Diante do Estado, principalmente dos serviços públicos, todos são substancialmente iguais, de modo que as reais diferenças econômicas dos usuários não devem ser, como são nos serviços de mercado, os critérios definidores de acesso a bens e serviços. Os serviços públicos devem estar ao acesso material de todos.

Nessa esteira, Gomes Canotilho aponta para a relação indissociável e recíproca entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos, liberdades e garantias, razão pela qual a ordem jurídico-constitucional portuguesa é formada sob o paradigma estruturante da liberdade igual. A liberdade igual, segundo o autor, indica a igualdade real, que pressupõe o acesso de todos aos bens econômicos, sociais e culturais; assim, a liberdade igual determina a distribuição ou a redistribuição dos “bens sociais”. Canotilho ressalta o papel de distribuidor de “prestações sociais” do Estado social em razão de o mercado, com a sua distribuição, não propiciar a liberdade igual.⁴⁷³

A questão que surge é: quem pagará pela universalização? Se o seu caráter é redistributivo, não se pode atribuir tal obrigação a todos, sem critérios de distinção. Constata-se que o Brasil não elaborou técnicas regulatórias que considerem a universalização redistributiva com a mesma importância dedicada à eficiência econômica alocativa.⁴⁷⁴

Registra-se que não se está a criticar a adoção das concessões de serviço público; esta é uma opção política, jurídica e econômica adotada de acordo com o modelo de Estado, frente à escassez de recursos e a urgente necessidade de investimentos nos diversos setores, mas que deve ser precedida de avaliação detalhada e individualizada, caso a caso. Também não se defende a gratuidade dos

que busca levar energia elétrica a 12 milhões de pessoas até 2008. O contrato entre o governo federal e as concessionárias do Estado estabelece como objetivo levar eletricidade a 31.711 domicílios rurais, número estimado com base no Censo de 2000 do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). A estimativa, no entanto, está longe da real necessidade do Estado: atende apenas 59% das 53 mil famílias que atualmente vivem sem luz, segundo a coordenação estadual do programa. (...) O programa levou energia elétrica a 29.528 domicílios — 56% das ligações (16.551) foram feitas a partir de março de 2006. Mas, mesmo que a meta seja cumprida dentro do prazo, 21.289 famílias ainda devem permanecer sem eletricidade. Para diminuir o número de sem-luz, a COPEL (Companhia Paraense de Energia, responsável pela maioria das ligações elétricas do Estado) já pediu à Eletrobrás a inclusão de novos 12 mil domicílios no Luz para Todos, que devem receber eletricidade até o final de 2007.” BEDINELLI, Talita. PR cumpre meta, mas não universaliza luz. Programa Nacional das Nações Unidas – PNUD, 06 fev. 2007, Reportagem. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/energia/reportagens/index.php?id01=2576&lay=ene>. Acesso em: 18 abr. 2007.

⁴⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 470.

⁴⁷⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 80.

serviços públicos. Mesmo que prestados pelo Estado, nunca foram nem serão gratuitos; se alguns não pagam, certamente outros o fazem. Quando os serviços públicos são prestados pelo Estado de forma “gratuita” aos usuários, quem paga é a sociedade com os tributos.⁴⁷⁵ Ainda, quando os serviços são prestados pelo Estado mediante o pagamento de tarifas, geralmente elas não são suficientes à manutenção e aos investimentos necessários, recaindo os prejuízos para a sociedade.

O não acesso e a dificuldade em universalizar os serviços públicos não podem ser atribuídos à concessão em si. É uma realidade de difícil transposição, presente mesmo na prestação direta de serviços pelo Estado. Ela pode ser atribuída, de modo simplificado, à escassez de recursos, de políticas públicas, de vontade política, de efetividade à Constituição e organização, participação e reivindicação da sociedade.⁴⁷⁶ Há fartos instrumentos jurídicos à disposição, que permitem e determinam, a universalização dos serviços públicos.⁴⁷⁷

É evidente a problemática que se constata na teoria e na prática: seres humanos financeiramente carentes vêm sendo excluídos do acesso aos serviços públicos. A concessão, neste contexto, agrega ao cenário de exclusão os legítimos interesses dos particulares e, desse modo, a necessidade de remuneração justa e razoável pela prestação de serviços. Se há pretensão, realmente, de manter o pêndulo equilibrado na parceria entre o público e o privado, sem que ele vá de um extremo ao outro, como se observa ao longo dos tempos, e se é almejado o sucesso das concessões de serviços públicos, precedidas ou não de obra pública, é imprescindível verificar e oportunizar a efetividade do acesso aos serviços públicos objeto das concessões, especialmente no Brasil, na América Latina, que são regiões carentes sob os aspectos sociais e econômicos. De modo que a questão do acesso, mantendo-se as concessões, tem que passar pela tarifa. Até porque, parece não

⁴⁷⁵ Mescheriakoff registra que “Se o serviço não tem um preço, ele tem um custo! e a questão é saber quem vai assumi-lo.” MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*. 2.ed. Paris: PUF, 1997, p. 207. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no art. 112, §2º, conforme ressalta Guimarães Pereira, alerta para o fato que alguém sempre custeia os benefícios dos demais, pois dispõe: “Não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de custeio.” PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 378, nota 84.

⁴⁷⁶ É o que Konrad Hesse denomina por “vontade de Constituição”. Ele afirma que “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).” *A Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19.

⁴⁷⁷ De acordo com Eros Roberto Grau, a interpretação da Constituição deve dar-se em consonância com a realidade para que se manifeste a sua plena força normativa. *Op. cit.*, p. 356.

haver outro caminho, senão as mais diversas formas de parceria entre o público e o privado para garantir a prestação e o acesso aos serviços.⁴⁷⁸

Sem dúvida, houve e há necessidade da colaboração dos particulares para a consecução de fins estatais. Entretanto, a decisão por conceder-lhes os serviços públicos deve ser sopesada pelos aspectos envolvidos no serviço a ser concedido. Requer, ainda, atuação estatal no sentido de fiscalizar, controlar e regular a prestação do serviço concedido.

Observa-se, no entanto, que todos os serviços públicos possuem algumas características econômicas. Para a prestação de qualquer serviço é necessária a alocação de recursos, mesmo que públicos. De todo modo, alguns serviços públicos permitem a exploração empresarial lucrativa e outros não, mas não há impeditivo legal para a concessão de determinados serviços, apenas, verificado o caso concreto, pode haver proibição para a cobrança de remuneração.

Marçal Justen Filho expõe duas hipóteses em que o serviço público não é passível de concessão.⁴⁷⁹ A primeira seria quando a natureza essencial das necessidades a serem atendidas forem incompatíveis com a exploração lucrativa, ou seja, quando estiverem intimamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana e, desse modo, devem ser prestadas gratuitamente. A segunda hipótese ocorre quando a natureza da atividade ou a condição dos usuários não propiciar o lucro.⁴⁸⁰

Por outro lado, Cesar Guimarães Pereira aponta que o serviço não é passível de delegação quando não for possível identificar o usuário, que é o caso dos serviços *uti universi*, ou quando a atividade envolver o exercício de força, monopólio do Estado.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ O PNUD, por exemplo, tem projeto na área energética para “fortalecer atividades que ampliam o acesso aos serviços modernos de energia. É dedicada atenção especial ao envolvimento do setor privado em financiamentos que incorporem conceitos de desenvolvimento sustentável e de redução da pobreza. Esses financiamentos (fundos do governo federal alocados para energia e meio ambiente, como o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo — MDL) visam fortalecer as capacidades das instituições nacionais na formulação e regulação das políticas energéticas e também promover e apoiar: aplicações práticas do MDL, uso de fontes de energia locais renováveis para finalidades produtivas e para geração de renda, aumento do acesso a tecnologias modernas de uso da biomassa e de comercialização de energia baseada na biomassa e a inclusão de serviços de energia sustentável como parte de programas de redução da pobreza e de planejamento energético nacional.” Disponível em: <http://www.pnud.org.br/projetos/energia/>. Acesso em: 18 abr. 2007.

⁴⁷⁹ Ressalva-se que, independentemente, o autor defende a possibilidade de conjugação de esforços e recursos públicos e privados para a prestação de serviços públicos deficitários, que serve de referência neste trabalho.

⁴⁸⁰ Conferir JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria....*, p. 101.

⁴⁸¹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 36-38.

A concessão não deve ser utilizada indiscriminadamente porque requer uma contrapartida do usuário, excluindo, assim, os serviços assistencialistas e os *uti universi*.

Se concedido o serviço, o concessionário tem direito à proteção patrimonial que lhe confere a remuneração pelo serviço prestado. Observa-se que o concessionário não tem propriamente uma garantia ao lucro. O lucro dependerá de sua capacidade de administrar o empreendimento em vista às áleas ordinárias. O que deve ser garantido ao concessionário é a manutenção das condições genéricas da Lei e específicas da regulamentação da concessão. Assim, o concessionário tem direito de exigir as condições que lhe garantam a possibilidade de auferir lucro, o que lhe atribui o direito de exigir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando presentes as condições autorizadoras.

Os indivíduos têm direito de acessar serviço público adequado para a satisfação de suas necessidades e, como alertou Hely Lopes Meirelles: “O fim precípua do serviço público, ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é *servir ao público*, e, secundariamente, produzir renda a quem o explora.”⁴⁸²

Em um primeiro exame, parece evidente o antagonismo das posições jurídicas referentes às partes abrangidas pela concessão, mas conforme ressaltado anteriormente, a concessão é orientada pelo princípio da associação que se traduz na aplicação do princípio da proporcionalidade sobre todos os interesses envolvidos, de modo que, tendo em vista a Constituição da República, o serviço público deve ser adequado, universal, remunerar o seu prestador mediante tarifas módicas e efetivamente satisfazer as necessidades essenciais, de modo a promover a dignidade das pessoas.⁴⁸³

Ainda, considerando-se que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 1º, III, da Constituição Federal e que constituem objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

⁴⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 300.

⁴⁸³ “queda siempre pendiente la discusión acerca de los alcances del derecho que cada uno invoca; en el caso del concesionario o licenciatario, tales derechos son siempre de interpretación restrictiva (...). El interés público que debe protegerse y considerarse cuando se regula o analiza el funcionamiento de un servicio público, está constituido por una serie de valores diversos; y entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder el valor conveniencia: el valor justicia o equidad es el que está impuesto.” GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*, p. VI-47.

desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme estatui o artigo 3º, da Constituição. Acrescendo-se que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais; e, também que a Constituição da República assegura os direitos fundamentais e que o acesso aos serviços públicos adequados é o caminho para a efetivação de todos estes princípios, impõe-se adotar medidas que proporcionem o acesso de todos.

Desse modo, a prestação indireta mediante concessão, desprovida de mecanismos para propiciar o acesso aos serviços públicos, não deve ser adotada pois, não obstante ter aptidão para tornar os serviços públicos mais eficientes em termos econômicos, não os torna adequados pois a adequação pressupõe tarifas módicas e universalização do serviço. A concessão não será legal, legítima e adequada se estiverem sendo acentuadas as desigualdades sociais, regionais e a pobreza, se estiverem sendo descumpridas as garantias fundamentais e violada a dignidade da pessoa humana.⁴⁸⁴

Manifesta é a necessidade de conjugar o regime efetivo da concessão com os princípios jurídicos fundamentais. A concessão não pode frustrar a função do serviço público e obstaculizar a implementação dos princípios constitucionais, pelo contrário, estes devem limitá-la e norteá-la.

⁴⁸⁴ Por exemplo, o Centro Internacional de Pobreza realizou um estudo e divulgou que “a privatização dos setores de saneamento e energia na África Subsaariana aumentou as desigualdades no acesso aos serviços e fez com que a região tivesse um fraco desempenho nas metas de água e esgoto dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.” Em vista disso, o estudo sugere a retomada pelo Poder Público desses serviços. “O trabalho aponta que a atuação das empresas privadas diminuiu os subsídios às tarifas, o que prejudicou a população de baixa renda, e redirecionou os financiamentos das agências internacionais, que reduziram o apoio ao investimento público em infra-estrutura e elevaram os empréstimos para empresas privadas. O estudo, intitulado Privatização dos Serviços Básicos na África Subsaariana: Impacto nos ODM, analisa os efeitos da privatização dos setores de energia e saneamento entre 1990 e 2003. Para os autores — o diretor em exercício do Centro de Pobreza, Terry McKinley, e a consultora inglesa Kate Bayliss — a atuação das empresas privadas foi “amplamente falha”. “Ao contrário das expectativas, os investidores privados abriram mão de investir nos serviços na região. Foi custoso para os governos incentivá-los a investir. Entretanto, o foco dos investidores na recuperação dos custos não atendeu a objetivos sociais, como redução da pobreza e promoção da igualdade”, aponta o documento. (...) Para reverter esse cenário, o estudo recomenda que os países da região retomem o controle dos serviços públicos nos dois setores e que as nações doadoras e agências internacionais redirecionem os investimentos infra-estrutura para o setor público. Além disso, o trabalho sugere que, na aplicação dos recursos, os gestores priorizem a redução da pobreza e cobrem tarifas acessíveis à população de baixa renda.” INFANTE, Alan. Estudo sugere que África reestatize energia. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 26 fev. 2007, Reportagem. Disponível em:

<http://www.pnud.org.br/odm/reportagens/index.php?id01=2614&lay=odm>. Acesso em: 18 abr. 2007.

Marçal Justen Filho complementa: “O princípio da capacidade contributiva *tem* de informar a estrutura da concessão, de modo a impedir que a delegação da prestação do serviço público seja uma forma de agravamento das diferenças sociais existentes ou de frustração das garantias constitucionalmente reconhecidas aos cidadãos usuários e não-usuários.”⁴⁸⁵ O princípio da capacidade contributiva “tem uma face de generalidade e progressividade que se relaciona diretamente com o *sistema de prestações públicas* instituído pela Constituição como garantia da realização efetiva dos direitos e valores fundamentais.”⁴⁸⁶

É recomendável que os dados jurídicos e de realidade sejam sopesados em relação à opção pela concessão de serviços públicos. Alguns serviços proporcionam a satisfação de necessidades tão básicas e são dificilmente remuneráveis ao concessionário, que mais adequada é a prestação pelo próprio Estado. Deve-se verificar se a solução mais vantajosa sob o aspecto econômico é também apta a realizar os direitos e garantias fundamentais. Entretanto, concedidos os serviços, eles devem atender aos fins constitucionais.

Importante ter em vista que a democratização do serviço público não requer a gratuidade deste, mas a garantia de acesso a ele. Solução possível, em muitos casos, parece residir na adoção, isolada ou conjunta, de modelos alternativos de remuneração do concessionário e, até mesmo, em casos extremos, de subsídios estatais. Neste intuito, serão analisadas possibilidades, no tocante à remuneração, que poderão viabilizar o acesso aos serviços públicos concedidos.

Assim, a prestação adequada de serviços públicos, quer de modo direto ou indireto por concessionários, bem como a respectiva universalização do acesso a estes é imprescindível para uma sociedade que necessita da efetivação dos direitos sociais, melhores condições de vida e desenvolvimento e que demonstra ter um Estado comprometido com o bem-estar desta sociedade.

⁴⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 73.

⁴⁸⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 318.

3.3 UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Além da evidente necessidade de universalização dos serviços públicos, objetiva-se dimensionar e propor reflexão sobre a relevância dos direitos envolvidos no acesso aos serviços públicos, a partir da relação entre a universalização, a realização de direitos fundamentais, a promoção da dignidade da pessoa humana e a observância dos princípios e objetivos fundamentais da República. Em síntese, este item procurar justificar o porquê, em sua dimensão antropológica, de estudar o acesso ao serviço público e rever mecanismos e práticas remuneratórias que o dificultam, com a proposta de substituí-los e/ou adaptá-los, de acordo com a legislação vigente, a fim que possam realizar os direitos fundamentais, assegurar o mínimo existencial, promover a dignidade da pessoa humana e os direitos e objetivos fundamentais da República.

Busca-se, assim, para além da natureza satisfativa do serviço público, fundamento a demonstrar a necessidade e a respaldar o estudo e a revisão da remuneração dos serviços concedidos no tocante à efetivação do acesso, objeto deste trabalho.

A dignidade diz respeito à essência do ser humano; é “qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano”, assim, a destruição de um implica a do outro, de modo que o respeito e a proteção da dignidade devem ser metas constantes da humanidade, do Estado e do Direito.⁴⁸⁷ Este entendimento remonta ao pensamento clássico⁴⁸⁸ e ao ideário cristão.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁴⁸⁸ Embora na antiguidade clássica a dignidade da pessoa humana estivesse relacionada à posição social, no pensamento estoico a dignidade diferenciava o ser humano dos outros seres vivos, ao afirmar que todos os seres humanos possuíam a mesma dignidade, conforme expõe SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 30-31.

⁴⁸⁹ Ingo Sarlet ressalta não ser seguro atribuir à religião cristã a exclusividade e a originalidade da concepção de dignidade. Porém, afirma advir do Antigo e do Novo Testamento considerações a respeito da criação do homem à imagem e semelhança de Deus, de onde o cristianismo extraiu que o ser humano é dotado de valor próprio e intrínseco e não pode ser transformado em mero objeto ou instrumento. Registra-se que, no curso da história, Tomás de Aquino utilizou o termo “dignitas humana”, posteriormente adotado, na Renascença e início da Idade Moderna, pelo humanista italiano Pico della Mirandola, o qual adotou a racionalidade do homem como critério de sua dignidade no sentido de definir sua própria existência e destino. Em momento posterior, no século XVI, seguindo a

Nos séculos XVII e XVIII o direito natural, bem como a dignidade da pessoa humana foram racionalizados e laicizados, sem perder, contudo, a noção de igualdade de dignidade de todos os homens. Nesta época destaca-se a concepção de dignidade de Immanuel Kant⁴⁹⁰, a qual tem como ponto de partida e fundamento na autonomia ética do ser humano e sustenta, tendo em vista a racionalidade do ser humano e, assim, sua capacidade de autodeterminação, que ele - o ser humano - não pode ser visto como objeto, nem por si mesmo.⁴⁹¹ “o homem -, e, de uma maneira geral, todo o ser racional - existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”⁴⁹²

Ainda, ressaltando a característica única e insubstituível da dignidade do ser humano, Kant afirmou: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”⁴⁹³ De acordo com Kant, a dignidade tem valor interno, ela é condição para si mesma, essa consideração “dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço, com o qual não pode se pôr em confronto nem em cálculo comparativo sem de um modo ou de outro ferir a sua santidade.”⁴⁹⁴

A relevância primordial em colacionar o pensamento kantiano reside na influência exercida na doutrina atual.⁴⁹⁵ Faz-se indispensável a permanência da concepção kantiana nos termos que a dignidade da pessoa humana demanda a consideração da pessoa como fim e não como meio e, portanto, rechaça a coisificação e a instrumentalização do ser humano.⁴⁹⁶

linha de raciocínio estoico e cristão sobre a dignidade, o espanhol Francisco de Vitória merece destaque por propagar a idéia de dignidade. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 30-31.

⁴⁹⁰ “Dignidade humana (Menschenwürde) princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (Zweck) em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo.” KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003, p. 29, Glossário.

⁴⁹¹ O “homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo.” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 60.

⁴⁹² KANT, Immanuel. *Id.*, p. 58.

⁴⁹³ KANT, Immanuel. *Id.*, p. 65.

⁴⁹⁴ KANT, Immanuel. *Id.*, p. 66.

⁴⁹⁵ A exemplo, SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, p. 24-49, 1999.

⁴⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 35.

A propagação da matriz kantiana pode ser depreendida do art. 1º da Declaração Universal das Nações Unidas, de 1948, ao dispor que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”⁴⁹⁷

Também a autonomia do indivíduo para autodeterminar-se é recepcionada, por exemplo, por Canotilho ao referir que o princípio material subjacente à noção de dignidade da pessoa humana é o “princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignita-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual.”⁴⁹⁸

A partir da faceta da autodeterminação, Ingo Sarlet ressalta a relação entre liberdade e dignidade pois aquela, bem como os direitos fundamentais, são exigências da dignidade da pessoa humana.⁴⁹⁹

Fundamental é não olvidar que a dignidade apresenta uma condição dupla no sentido que requer tanto defesa quanto prestação, assim, ela serve de limite e diretriz ao Estado e à comunidade em geral.⁵⁰⁰

Necessário frisar que, mesmo atribuindo-se eficácia pouco consistente ao princípio da dignidade, portanto, restringindo-o às eficácias jurídicas interpretativa, e negativa, ainda assim, o princípio é significativo no tocante às concessões e ao acesso aos serviços públicos. Todas as leis e atos deverão estar respaldados ou, ao menos, não poderão contrariar o princípio da dignidade, assim, é proibido violá-lo.⁵⁰¹

Não obstante, Ana Paula de Barcellos propõe, e não identifica qualquer proibição, atribuir eficácia positiva ou simétrica aos princípios a fim de viabilizar o saneamento da omissão institucional pois não violar não significa realizar um princípio, em especial o da dignidade.⁵⁰²

Na defesa de sua proposta, a autora não encontra qualquer óbice à atribuição de maior eficácia ao princípio da dignidade, eis que ele não só protege bem de elevado valor social, como também goza de funcionalidade relevante no

⁴⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.*, p. 43.

⁴⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 225.

⁴⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 45.

⁵⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.*, p. 46.

⁵⁰¹ Aqui são adotadas, para embasar o raciocínio, as considerações de Ana Paula de Barcellos a respeito de eficácia jurídica (aquilo que se pode exigir judicialmente se necessário, com fundamento na norma) e suas modalidades, em especial, as eficácias interpretativa e negativa, contudo, aplicáveis apenas à manifestação comissiva. *A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Cap. III.

⁵⁰² BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 81-82.

ordenamento jurídico. Além disso, o fato de a norma não explicitar tratar-se de um direito subjetivo, não significa que não o confira.⁵⁰³

Árduo, contudo, é conceituar e definir o âmbito da dignidade da pessoa humana, principalmente porque diz respeito a uma qualidade inerente a todo ser humano, conforme refere Ingo Sarlet⁵⁰⁴, e por estar atrelada à diversidade e ao pluralismo de valores, em diferentes contextos de tempo e espaço.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, o conceito jurídico da dignidade da pessoa humana é ambíguo e poroso, seu papel é diversificado e impreciso e, embora em freqüente referência, tem sido de parca ciência por aqueles que dele se valem, mesmo nos sistemas normativos.⁵⁰⁵

As pessoas, em si, não têm direito à dignidade, à sua concessão pois a elas lhes é inerente. O direito permite seu reconhecimento, respeito e promoção.⁵⁰⁶

Ingo Sarlet sujeita-se ao desafio de conceituar dignidade da pessoa humana a partir da perspectiva ontológica e instrumental, da intersubjetividade, bem como suas dimensões positiva e negativa, nos seguintes termos

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵⁰⁷

No âmbito deste estudo deve ser destacada a dignidade enquanto tarefa estatal, a qual se traduz no dever de o Estado preservá-la e promovê-la com o estabelecimento de condições que permitam o seu usufruto e exercício.⁵⁰⁸

Na esteira do constitucionalismo contemporâneo, vislumbra-se a dignidade da pessoa humana atrelada à “concretização constitucional dos direitos

⁵⁰³ BARCELLOS, Ana Paula. *Id.*, p. 83-86, 90.

⁵⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 39.

⁵⁰⁵ ROCHA, Cármen Lúcia A. *O Princípio...*, p. 25.

⁵⁰⁶ Ressalta Ingo Sarlet que a dignidade é “qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.” Desse modo, ressalta o autor, a dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida de tal reconhecimento, eis que é um dado prévio, todavia, o Direito pode ser significativo na sua proteção e promoção. SARLET, Ingo W. *Dignidade...*, p. 41.

⁵⁰⁷ SARLET, Ingo W. *Id.*, p. 60.

⁵⁰⁸ SARLET, Ingo W. *Id.*, p. 47.

fundamentais” e não como manifestação restrita ao direito natural, com fundamento na razão divina ou humana.⁵⁰⁹

Não obstante a significação histórica, filosófica e sua relação com o jusnaturalismo, a dignidade da pessoa humana integra o direito positivo vigente; encontra-se expressamente prevista no art. 1º da Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil⁵¹⁰ e no art. 170 caput como fim da Ordem Econômica⁵¹¹, além de outros artigos, que trazem princípios, subprincípios e regras como decorrência.⁵¹² Aliás, o preâmbulo da Constituição também consagrou o homem e sua dignidade.⁵¹³

A dignidade da pessoa humana como base da República quer dizer que o indivíduo constitui em limite e fundamento do domínio político da República. Assim, a República serve ao homem.⁵¹⁴

Ingo Sarlet identifica a dignidade da pessoa humana como norma jurídica fundamental da ordem jurídico-constitucional, portanto, carregada de eficácia e, por ter sido erigida à condição de princípio fundamental, entende o autor que o Constituinte “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”⁵¹⁵

⁵⁰⁹ Conforme expõe Paulo Bonavides no prefácio à obra: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, bem como Ingo Wolfgang Sarlet, na mesma obra.

⁵¹⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana;”

⁵¹¹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”.

⁵¹² Verificar em BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 154-190, onde a autora trabalha com as diversas disposições constitucionais que, de modo geral ou específico, tratam da dignidade da pessoa humana. A autora leciona que as previsões da dignidade nos arts. 1º III e 170, juntamente com o art. 226, em relação à família, trazem os princípios mais gerais e de contornos menos precisos da dignidade da pessoa humana, porém, conclui que “em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como o valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais. BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 166-167.

⁵¹³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

⁵¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 225.

⁵¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 66.

No mesmo sentido, Cármén Lúcia A. Rocha esclarece que a dignidade como fundamento do Estado denota que este existe para o homem, “para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.”⁵¹⁶

Ana Paula de Barcellos destaca que a dignidade humana constitui-se em “axioma jusfilosófico” e em um comando de hierarquia superior, de tal modo que “as pessoas devem ter condições dignas de existência, aí incluindo-se a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade” tanto porque isto é desejável como porque a Constituição assim estabelece.⁵¹⁷

Na acepção de Paulo Bonavides, se existisse um princípio de hierarquia superior, ele seria o da dignidade da pessoa humana, além de ser o mais significativo no tocante à unidade material da Constituição.⁵¹⁸ A caracterização se deve ao fato de a dignidade irradiar-se por toda a ordem jurídica, constitucional e infraconstitucional.

Cármén Lúcia A. Rocha ressalta que a constitucionalização da dignidade da pessoa humana impregna a elaboração do Direito, pois o princípio é fundamento da ordem constitucionalizada e foi posto na base do sistema. “Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.”⁵¹⁹

À luz da doutrina de Dworkin, o artigo 1º da Constituição e seus incisos podem ser considerados “princípios”,⁵²⁰ ou seja, como medidas de justiça, equidade ou moralidade. Enquanto a previsão do artigo 170, no sentido de “assegurar a todos

⁵¹⁶ ROCHA, Cármén Lúcia A. O Princípio..., p. 34.

⁵¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 26-27.

⁵¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade..., prefácio.

⁵¹⁹ ROCHA, Cármén Lúcia A. O Princípio..., p. 34.

⁵²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 161. Lembra-se que Dworkin distingue diretriz e princípio. A diretriz refere-se a um tipo de “estándar que propone um objetivo que há de ser alcançado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad.” Princípio é “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.” Os princípios diferem-se das normas, eles apresentam a distinção relevante de possuírem a dimensão de peso ou importância. Assim, são fundamentais nos denominados “casos difíceis”. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Editorial Barcelona S.A, 1995, p. 72-81, 146-150.

existência digna”, como “diretriz”, quer dizer objetivo econômico, político ou social a ser atingido.⁵²¹ Dessa feita, a dignidade na Constituição pode ser considerada sob ampos aspectos: princípio de justiça, equidade ou moralidade e objetivo. E, na concepção de Canotilho, a dignidade é identificada como princípio político constitucionalmente conformador, bem como, tendo em vista o conteúdo do art. 170, como princípio constitucional impositivo, no sentido de impor aos órgãos do Estado, em especial ao legislador, a realização de fins e tarefas.

A dignidade, adotando-se a tradicional concepção de Alexy sobre princípios e regras⁵²², assume feição normativa, conforme registra Ingo Sarlet, de princípio e regra, sem olvidar que também constitui valor fundamental da ordem jurídica.⁵²³ O princípio atua como “comando de otimização”, como uma ordem que deve ser cumprida na maior medida possível, ou seja, apresenta diversos graus de realização, enquanto a regra prescreve condutas imperativas e é absoluta, denominada por “comando de definição”.

Eros Grau comenta que a dignidade da pessoa humana envolve todo o exercício da atividade econômica em sentido amplo, assim, representa uma política pública maior para a qual se empenham os setores público e privado. Desse modo, a atividade econômica incompatível à promoção da dignidade viola duplamente o princípio constitucional.⁵²⁴ Além de a dignidade ser um direito individual, ela também forma o núcleo essencial dos direitos humanos e organiza a ordem econômica.⁵²⁵

Cármem Lúcia A. Rocha, em acepção cética, afirma que no Brasil o princípio da dignidade

convive com subomens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de justiça, excluídos de todas as espécies produzidos

⁵²¹ Conforme ressalta Eros Roberto Grau. *Op. cit.*, p. 161.

⁵²² DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 81 e seguintes.

⁵²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 73-74.

⁵²⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 197. Interessante citar que a Constituição Alemã de 1919 – de Weimar – previu em seu art. 151, I, que o objetivo maior da ordem econômica seria o de garantir uma existência digna. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 63, nota 86.

⁵²⁵ Assim, a ordem econômica “mencionada pelo art. 170, *caput* do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar.” GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 196. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105.

por um modelo de sociedade que se faz, mais e mais, impermeável à convivência solidária dos homens.”⁵²⁶

A autora denuncia a tendência geral de não concretização das excelentes propostas contidas nas Constituições, formuladas pelo povo; quem sabe, afirma, sejam os próprios autores - o povo - que não conseguem concretizá-los. Aliás, ela lembra que na América Latina “tem sido uma constante ter-se a norma, mas não a sua aplicação, o seu acatamento, a sua observância, especialmente pelos governantes, caudilhos com gana de poder e ojeriza a limites, mais ainda a direitos.”⁵²⁷

A dignidade é violada quando se verifica que o indivíduo é rebaixado a instrumento, a objeto; em outros termos, quando a pessoa deixa de ser vista como sujeito de direitos.⁵²⁸ Importante consignar que a dignidade, em sua dimensão intersubjetiva, produz um “dever geral de respeito”⁵²⁹ por todos os membros da comunidade e cada um com os demais.

Ingo Sarlet alerta que quando não há respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde não são garantidas as condições mínimas condizentes com existência digna, onde não há limitação do poder, também onde a liberdade, a autonomia, a igualdade - em direitos e dignidade - e os direitos fundamentais não são reconhecidos e minimamente garantidos, não existe lugar para a dignidade da pessoa humana, de modo que esta pessoa tende a ser um simples objeto de arbítrio e injustiças.⁵³⁰

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil encontra-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que se afigura um princípio constitucional impositivo, em Canotilho, ou uma diretriz, de acordo com Dworkin.⁵³¹

⁵²⁶ ROCHA, Cármem Lúcia A. O princípio..., p. 26.

⁵²⁷ ROCHA, Cármem Lúcia A. *Id.*, p. 26.

⁵²⁸ É o que expõe Sarlet, com fundamento na doutrina alemã de Dürig. *Dignidade...*, p. 58.

⁵²⁹ Conforme defende Ingo Wolfgang Sarlet, com fundamento na doutrina de Alegre Martinez. *Dignidade...*, p. 112 e nota 204.

⁵³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 59.

⁵³¹ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 215. Para o autor sociedade livre “é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações e não apenas enquanto liberdade formal, mas, sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual, neste sentido, consignado no art. 3º, I, é titular – ou co-titular, ao menos, paralelamente ao indivíduo – a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza *justiça social*, (...). Solidária, a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável (...).”

Eros Grau leciona que uma constituição dirigente, como a de 1988, volta-se à transformação da realidade, no entanto, só pode ser promovida se reconhecido o art. 3º como embasamento para a reivindicação da sociedade por políticas públicas comprometidas com a disponibilização de prestações positivas à sociedade.⁵³²

No art. 3º também se encontra o princípio constitucional impositivo, ou diretriz, de garantia do desenvolvimento nacional. O desenvolvimento abrange mudanças quantitativas e qualitativas. Desse modo, o crescimento, por ser quantitativo, representa um dos aspectos do desenvolvimento, mas com este não pode ser confundido.⁵³³ O Estado alia-se à iniciativa privada em vistas à realização do desenvolvimento.

O exemplo brasileiro é paradigmático para a diferenciação entre crescimento e desenvolvimento, pois, embora tenha um dos dez maiores PIBs do mundo, situa-se entre os octogésimos países no tocante à distribuição do PIB entre seus habitantes, o que representa o seu baixo desenvolvimento⁵³⁴ e uma elevada desigualdade.⁵³⁵

Paulo Motta sustenta que o desenvolvimento de qualquer país pressupõe a universalização dos serviços públicos. Deste modo, o acesso à energia elétrica, telecomunicações, portos, aeroportos, estradas de rodagem, ferrovias, água, saneamento, escolas, hospitais, e outros, representa o único meio de fomentar o desenvolvimento e, por conseguinte, de distribuir os seus resultados. Do contrário, afirma existir acumulação de capitais que produzem apenas, e tão somente, mais miséria.⁵³⁶ Infere-se que para acabar com a exclusão não há outro modo, senão pelo acesso ao serviço público.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é, do mesmo modo, como subprincípio da dignidade⁵³⁷, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que representa um princípio constitucional impositivo ou uma diretriz, conforme as doutrinas de

⁵³² GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 215.

⁵³³ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 216.

⁵³⁴ Por desenvolvimento entende-se o processo de progressiva eliminação das desigualdades sócio-econômicas. COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 82.

⁵³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 81-82.

⁵³⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 140.

⁵³⁷ Conforme esclarece BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 167.

Canotilho e Dworkin, respectivamente. Ainda, a redução das desigualdades sociais e regionais também é um dos princípios da ordem econômica.⁵³⁸

Os princípios fundamentais embasam e fundamentam a ordem constitucional e, juntamente com os direitos e garantias fundamentais, formam o núcleo essencial da Constituição.⁵³⁹

Depreende-se que a Constituição reconhece a realidade brasileira e busca revertê-la, o que representa a modernização do próprio capitalismo. A Constituição dirigente visa a romper com a pobreza, com a marginalização e com as desigualdades, que acabam por ser causas e efeitos de si mesmas, conforme ressalta Eros Grau.⁵⁴⁰

Observa-se que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais é tanto um dos objetivos fundamentais da República – art 3º, III – como um dos princípios que norteiam a Ordem Econômica – art. 170, VII, o que indica o comprometimento do Estado com as condições sociais e desenvolvimento dos indivíduos. E, dentre os possíveis instrumentos de consecução deste encargo estatal, a prestação de serviço público tem papel significativo, pois objetiva satisfazer as necessidades mais básicas e promove a existência com dignidade, em especial para o Brasil, enquanto país da América Latina, a qual representa a região mais desigual do mundo.⁵⁴¹

Grande parte dos direitos individuais, tanto os civis como os políticos, dependem, para sua existência efetiva, de condições econômicas e sociais como: alimentação, saúde, educação e rendimentos mínimos; do contrário, serão direitos de luxo, usufruídos por alguns. Desse modo, tem-se que a primeira tarefa do Estado é assegurar as liberdades reais de conteúdo econômico e social, seguidas das

⁵³⁸ O desdobramento do princípio pode ser observado, por exemplo, a partir do art. 203 da Constituição da República que confere o direito à assistência social, independentemente de contribuição.

⁵³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 62.

⁵⁴⁰ Segundo o autor, o programa proposto pelo texto constitucional é o de “instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do *Welfare State*.” Eros Grau exemplifica, com a metáfora de Alice no país das maravilhas, que a Constituição não postula mais bem-estar porque não há como se ter mais, se ainda não se obteve nada. GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 218-219.

⁵⁴¹ Os autores relatam, com base em dados da Cepal, que na América Latina os 10% mais ricos da população têm 84 vezes mais renda que os 10% mais pobres. VIGEVANI, Tulio e OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. América Latina: vulnerabilidade social e instabilidade democrática. In: DUPAS, Gilberto. (Coord.) *América Latina no início do século XXI: perspectivas econômicas, sociais e políticas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer e Fundação Editora da UNESP, 2005, p. 204.

liberdades individuais.⁵⁴² Inexiste diferença entre os direitos fundamentais individuais e os sociais do homem.⁵⁴³ Não há, também, diferença entre os direitos sociais e os individuais sob o argumento que os primeiros impõem obrigações pois ambos determinam deveres ao Estado e aos particulares.⁵⁴⁴

De acordo com Fábio Konder Comparato, os direitos humanos têm como núcleo a vida e a dignidade da pessoa humana.⁵⁴⁵ Os direitos fundamentais tendem a ter como base a dignidade da pessoa humana, mas em diversos graus, conforme ressalta Ingo Sarlet. Desse modo, a dignidade da pessoa humana exige o respeito e a proteção de todos os direitos fundamentais. O não reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa representa a negação da dignidade.⁵⁴⁶

Os direitos sociais com conteúdo prestacional, com o objetivo de proteger a pessoa quanto às necessidades materiais, têm especial aptidão de promover a igualdade e a liberdade material e garantir, de tal modo, a existência digna.⁵⁴⁷ A conexão dos direitos sociais, e dos fundamentais em geral, com a dignidade é maior quanto mais estiverem atrelados à fruição da vida com dignidade.⁵⁴⁸ É possível reconhecer, com fundamento na dignidade da pessoa humana, o direito fundamental de todas as pessoas serem titulares de direitos fundamentais que lhes assegurem a condição de pessoa com dignidade em âmbito social.⁵⁴⁹ Os direitos sociais formam a base do patrimônio jurídico do homem “para se promover como ser integrado e voltado à realização de suas vocações”, estes direitos possibilitam ao homem o “desempenho realmente igual, na sociedade, dos direitos humanos.”⁵⁵⁰

⁵⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 16-17. O autor esclarece que as liberdades individuais são sempre resistências ao poder, estatal ou privado. “Os verdadeiros direitos individuais visam a garantir à pessoa humana um espaço vital mínimo, contra as interferências do ‘outro’.” Enquanto “as liberdades sociais ou econômicas são reivindicações de melhores condições de vida, são exigências de um fazer ou reformar, que só se concretizam coletivamente.” Estas visam estabelecer novas condições vitais.

⁵⁴³ Importante esclarecer que é possível considerar os direitos humanos como os direitos metafísicos, da natureza do homem e os fundamentais seriam aqueles positivados, entretanto, neste momento, os termos são adotados sem distinções.

⁵⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 38-39. A autora comenta não haver diferença, por exemplo, em impedir que outros matem uma pessoa e possibilitar que uma pessoa viva. Assim, violar por ação positiva o direito à vida não é diferente de violá-lo por ação negativa.

⁵⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 46.

⁵⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 87. Ressalta Ingo Sarlet que até mesmo o direito de propriedade, em especial o seu conteúdo social, consubstancia-se em uma dimensão da dignidade da pessoa. *Id.*, p. 90-91.

⁵⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.*, p. 92.

⁵⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.*, p. 93-94.

⁵⁴⁹ Conforme assevera SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 95.

⁵⁵⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 40.

Como contraponto, Comparato alerta que a efetividade dos direitos humanos não depende apenas do seu enunciado normativo, eis que este não tem o condão de estender tais direitos para além do círculo onde já existem. “A desigualdade econômica e a desarticulação social atingiram tal nível, neste país, que a própria comunicação jurídica se torna impossível entre os dois brasis: o que vive acima e o que vegeta abaixo da linha de pobreza absoluta.”⁵⁵¹

Os direitos fundamentais sociais não se limitam a estabelecer direito a prestações estatais concretas, eles também asseguram a implementação de políticas públicas, a organização de serviços públicos, bem como a racionalização, eficiência e transparência na utilização de recursos públicos.⁵⁵² Os direitos à educação, moradia ou saúde são direitos à realização de políticas públicas, que exigem, para sua execução, o aparelhamento do Estado.⁵⁵³ Observa-se um grande contingente humano, detentor de inúmeras garantias e direitos, mas que simplesmente não os usufruem. Isso pode ser atribuído ao fato de a proteção dos direitos humanos ocorrer na proporção direta do grau de desenvolvimento sócio-econômico-cultural dos povos. Contudo, o desenvolvimento, por pressupor progressiva igualdade social, só é possível quando há respeito aos direitos humanos.⁵⁵⁴

A consolidação da democracia, inclusive em países pobres como o Brasil, depende, dentre outros fatores, do nível de desenvolvimento socioeconômico, cuja incumbência é fundamentalmente do Estado.⁵⁵⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana não tem apenas o cunho de impedir que ela seja violada pela atuação estatal, mas também impõe que esta atuação seja direcionada para a sua proteção, promoção e realização concreta. Em última análise, ele impõe o direito de livre e pleno desenvolvimento da personalidade. Para tanto, o homem tem direito às condições mínimas de existência humana digna, ou seja, não deve sofrer intervenção do Estado indevida e, ainda, requer prestações estatais positivas. O direito ao mínimo representa um direito fundamental, eis que sem ele o homem deixa de ter condições de sobrevivência e,

⁵⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 50-51.

⁵⁵² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 302. Canotilho ressalta ser indiscutível que as normas da Constituição Portuguesa de 1976, consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas. *Id.*, p. 402.

⁵⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 52-53.

⁵⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 55-56.

⁵⁵⁵ VIGEVANI, Tulio e OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. *América Latina...*, p. 217.

desse modo, perde suas condições iniciais de liberdade.⁵⁵⁶ Contudo, o direito ao mínimo existencial não recebeu, no Brasil⁵⁵⁷, tratamento constitucional próprio, mas pode ser extraído do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III), bem como da liberdade, igualdade, devido processo legal, livre iniciativa, direitos humanos e das imunidades e privilégios do cidadão. Além de estar implícito no respeito à dignidade da pessoa humana.⁵⁵⁸

De acordo com Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial se reveste das características dos direitos da liberdade, ou seja, é inerente à pessoa humana, e desse modo, pré-constitucional; é direito público subjetivo do cidadão, portanto independe de concessão pela ordem jurídica, mas a condiciona; é *erga omnes*; não se restringe ao rol do art. 5º da Constituição; é dotado de historicidade e varia conforme o contexto social, contudo, não é passível de definição e, assim, aparece sob a forma de cláusulas gerais.⁵⁵⁹ Segundo o autor, é possível que o mínimo existencial advenha de interesses fundamentais relacionados aos direitos políticos, econômicos e sociais, como ocorre com os direitos à alimentação, saúde e educação, os quais não são de origem fundamental, mas recebem tal característica em razão de suas parcelas mínimas indispensáveis à sobrevivência.⁵⁶⁰ Esclarece ainda Ricardo Lobo Torres que o mínimo existencial “é direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*”.⁵⁶¹

⁵⁵⁶ Especialmente da liberdade real, positiva, conforme assevera TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 51 e 129.

⁵⁵⁷ Ricardo Lobo Torres comenta que a as Constituições do Canadá, Japão e Alemanha tratam do assunto, mas a proteção ao mínimo existencial é mais enfática nas declarações internacionais dos direitos humanos, como por exemplo o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que dispõe: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários.” TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 125.

⁵⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Id.*, p. 125, 127-128 e 132.

⁵⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Id.*, p. 133.

⁵⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Id.*, *Ibid.* Nota-se que para Ricardo Lobo Torres os direitos fundamentais sociais ligam-se à justiça social e não propriamente à liberdade e, desse modo, representam diretivas ou programas dependentes de concretização pelo legislador ordinário e da reserva financeira do Estado, por isso distinguem-se dos direitos fundamentais. *Id.*, p. 53. Alexy, contudo, reconhece os “direitos sociais fundamentais mínimos”. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 494-501.

⁵⁶¹ “As condições da liberdade, que se não confundem com a justiça social, vão fundamentar a *imunidade tributária do mínimo existencial*, a abranger a não-incidência de tributos sobre a renda mínima, os bens de consumo popular, as prestações estatais de educação, saúde, justiça, etc., que

Ana Paula de Barcellos, em posição diversa daquela adotada por Ricardo Torres, entende que o mínimo existencial é formado por direitos sociais, econômicos e culturais de acordo com sua essencialidade.⁵⁶²

Diante das inúmeras dificuldades de implementação dos direitos sociais, o mínimo existencial é adotado como possível solução, eis que representa uma síntese de tais direitos, portanto, menor, mais precisa e mais relevante, à qual é atribuída eficácia jurídica positiva ou simétrica, desse modo, exigível ao Estado.⁵⁶³

Os direitos sociais consubstanciam-se em prestações proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, de acordo com as normas constitucionais, as quais permitem melhores condições de vida aos mais necessitados, assim, são “direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” São, de tal modo, direitos ligados à igualdade. Os direitos sociais dão condições à fruição dos direitos individuais pois conduzem à igualdade real e, por conseguinte, permitem o exercício efetivo da liberdade.⁵⁶⁴

O Estado realiza prestações positivas a fim de proteger o mínimo existencial, dentre elas, os serviços públicos são notáveis exemplos de proteção dos direitos fundamentais.⁵⁶⁵ Segundo Ricardo Lobo Torres, a proteção estatal diz respeito à garantia da liberdade, à segurança do mínimo existencial e à personalidade do cidadão e não se confunde com a *justiça*.⁵⁶⁶

O Estado, sob o aspecto jurídico, só tem sentido quando promove a dignidade da pessoa humana, sendo que a concretização dos direitos fundamentais é um meio de legitimação estatal.⁵⁶⁷

A concepção de Alexy acerca do mínimo existencial tem como ponto de partida a ponderação de princípios, ou seja, a decisão sobre qual princípio deve prevalecer frente ao caso e quais medidas devem ser adotadas em vistas à maior realização dos princípios ponderados, pois transforma o princípio, para o caso

aparece explicitamente em diversos dispositivos da CF de 1988.” TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 52 e 139.

⁵⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 114.

⁵⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Id.*, p. 118.

⁵⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 285-286.

⁵⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 151.

⁵⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Id.*, p. 153.

⁵⁶⁷ Conforme ressalta CLÈVE, Clémerson Merlin, na apresentação à obra: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, apresentação.

concreto, em uma regra. Assim é que o mínimo existencial, obtido após a ponderação de princípios, configura, segundo o autor, uma regra constitucional.⁵⁶⁸

Ana Paula de Barcellos identifica “um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio.” Em vista de tal consideração, a autora expõe que ou existem as condições materiais ou a dignidade terá sido violada pois mínimo existencial e núcleo da dignidade se equivalem. Ainda, o núcleo identificado, segundo a autora, é passível de sindicância judicial positiva, ou seja, não apenas para garantir que a dignidade não seja violada como para garantir a produção dos efeitos pretendidos.⁵⁶⁹ Além do núcleo, a dignidade desenvolve-se como princípio, com previsão de diversos fins, a serem implementados pelos mais diversos meios, reservados à esfera política.⁵⁷⁰ Ainda, sem dúvida, o princípio é um instrumento de hermenêutica e integração, não apenas dos direitos fundamentais, mas do ordenamento jurídico.⁵⁷¹

Na tentativa de delimitar o conteúdo do mínimo existencial, podem ser consideradas situações materiais inerentes à existência humana digna, não somente a manutenção física do corpo, como também espiritual e intelectual.⁵⁷²

Vislumbra-se, por conseguinte, a íntima relação, e pode-se mesmo dizer, a promoção e a concretização da dignidade da pessoa humana, dos direitos

⁵⁶⁸ O raciocínio do autor é exposto por Ana Paula de Barcellos. *Op. cit.*, p. 119-121 e pode ser conferido em: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 494 e ss. Alexy, em relação aos direitos fundamentais a prestações positivas, distingue os direitos *a priori* dos direitos definitivos. Existem inúmeros direitos sociais *a priori*, dos quais, a partir da ponderação, resulta um direito definitivo a uma prestação positiva do Estado, que configura o mínimo existencial. O Estado tem obrigações de assegurar a liberdade fática, dever definitivo, na exata extensão do dever *a priori*, salvo se houver razões ponderáveis. Deste modo, na concepção do jurista, o dever do Estado não se restringe ao mínimo existencial – direito definitivo – mas deve equivaler o máximo possível aos direitos *a priori*, embora estes não possam ser impostos pelo Judiciário ao Executivo, conforme se extrai de PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 277-279.

⁵⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 232-233.

⁵⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Id.*, p. 194, 198. Ana Paula de Barcellos esclarece que: “Na esfera política, a eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana funciona apenas como um limite último, uma barreira de contenção apta a obstar ações políticas que o violem ou restrinjam – modalidades de eficácia negativa e vedativa do retrocesso -, ou ainda como um imperativo interpretativo – eficácia interpretativa -, pelo qual as normas e atos do Poder Público devem ser interpretados sempre da maneira que realize de forma mais ampla e consistente a dignidade”, porém, estas três modalidades de eficácia requerem uma ação prévia. “Ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Id.*, 252.

⁵⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 81-83.

⁵⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 197.

fundamentais e, em especial, do mínimo existencial pelos serviços públicos. Assim, infere-se a importância da universalização do acesso a tal serviço, que se afigura como instrumento a assegurar e realizar os princípios e objetivos da República Federativa do Brasil, com destaque à dignidade.⁵⁷³

O termo “universal” designa o “reconhecimento de ser direito de toda pessoa inserida em uma sociedade ter acesso a determinado serviço para atendimento de suas carências. Atrela-se essa construção à idéia de universalidade caracterizadora dos direitos fundamentais de toda pessoa, vez que esses são inerentes ao ser humano.”⁵⁷⁴

Observa-se que o serviço público não se restringe ao mínimo existencial, o que significa que não diz respeito apenas ao cumprimento do dever estatal vinculado a um direito fundamental, Guimarães Pereira reconhece que ele “pode dar concreção também ao próprio direito *a priori*.” “Portanto, a afirmação de que os serviços públicos concretizam direitos fundamentais não deve ser compreendida como restringindo o campo do serviço público ao mero cumprimento dos deveres estatais ligados a direitos fundamentais.”⁵⁷⁵

Cesar Guimarães Pereira ressalta que o serviço público está vinculado à realização material da dignidade humana e representa garantia constitucional material dos direitos fundamentais, de modo que a sua supressão representaria a negação de tais direitos.⁵⁷⁶ O autor esclarece que ao fazer menção ao serviço público como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, embora trate-se de direito prestacional em face do Estado, não se está a considerar apenas os direitos de segunda geração – sociais, econômicos e culturais – pois os direitos

⁵⁷³ “Não há dúvidas que a prestação de serviços públicos, mais do que uma específica categoria de atuação estatal, é, principalmente, condição de garantia de dignidade da pessoa humana (CR/88, art. 1º, III), do desenvolvimento nacional e de promoção do bem estar geral (CR/88, art. 3º, II e III), significando dizer que, embora seja instrumento, se constitui poderoso mecanismo para que o Estado alcance seus fins. É através da prestação de serviços públicos e do respeito ao desenvolvimento das atividades econômicas, a serem realizadas primordialmente pela livre iniciativa, que se alicerçarão o meios para que o Estado possa se desenvolver e propiciar o desenvolvimento da nação, daí a fundamental importância da prestação de serviços públicos.” SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. Serviço Público: conceito, classificação e limites à gestão empresarial. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 401.

⁵⁷⁴ AMARO, Fernanda Pereira. *Op. cit.*, p. 128.

⁵⁷⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 292, 294. O autor ainda observa que mesmo no direito comunitário a noção de serviços de interesse econômico geral não se confunde com os serviços universais essenciais, que se assemelham ao mínimo existencial. *Id.*, p. 296.

⁵⁷⁶ PEREIRA, Cesar Guimarães A. *Op. cit.*, p. 8.

fundamentais mais arraigados também são efetivados, como liberdade, igualdade e dignidade.⁵⁷⁷

É inquestionável a associação do serviço público à satisfação das necessidades essenciais humanas e, portanto, à promoção da dignidade da pessoa humana. Também o serviço público, ao conferir condições materiais, ainda que mínimas, aos indivíduos, permitindo que, a partir de então, sejam exercidos outros direitos ou mesmo mantidos, deve ser visto como um dos instrumentos aptos a reduzir as desigualdades regionais e sociais, a erradicar a pobreza e a marginalização e a construir uma sociedade livre, justa e solidária.⁵⁷⁸ Assim, “é possível concluirmos que os serviços públicos poderão ser, entre outras possibilidades, atividades que tenham por finalidade assegurar a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento nacional sustentado.”⁵⁷⁹

Depreende-se a relevância do serviço público como fim e instrumento, razão pela qual a titularidade é estatal. Romeu Felipe Bacellar Filho afirma a “instrumentalidade do serviço público em relação aos direitos fundamentais, meio que, ao possibilitar o exercício dos direitos fundamentais, encontra seu *fim* na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.”⁵⁸⁰

De acordo com Marçal Justen Filho, o serviço público satisfaz os direitos fundamentais, o que significa que “é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. O serviço de atendimento às necessidades fundamentais e essenciais para

⁵⁷⁷ PEREIRA, Cesar Guimarães A. *Id.*, p. 271.

⁵⁷⁸ “A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvido e forte, o quão necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna. Daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como *serviço público*, de todas as parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.” GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 131-132.

⁵⁷⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VI, nº 30, mar/abr 2005, p. 77-97, p. 78-79.

⁵⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder normativo..., p. 15. Ainda, a correlação do acesso aos serviços públicos com a dignidade da pessoa humana pode ser visualizada na seguinte transcrição da obra de Monica Spezia Justen: “O reconhecimento e o respeito ao acesso aos serviços públicos de interesse geral implicam a proteção à dignidade da pessoa humana na medida em que a obrigação de garantir serviços universais está vinculada ao suprimento de necessidades essenciais do ser humano. Algumas dessas necessidades demandam bens econômicos como a energia elétrica, a comunicação (telecomunicações e internet, mais modernamente) e o transporte. As necessidades vitais podem ser supridas pela garantia ao serviço mínimo, a que todos os cidadãos podem ter acesso. Ou seja, a dignidade da pessoa humana está sendo respeitada quando assegurado está o serviço universal.” JUSTEN, Monica Spezia. *Op. cit.*, p. 231-232.

a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos.”⁵⁸¹ A vinculação entre o serviço público e a dignidade da pessoa humana representa que toda atuação do Estado tem fundamento e se justifica na dignidade.⁵⁸²

Jorge Luis Salomoni afirma o serviço público como técnica de garantia dos direitos humanos e que poderia sintetizar-se em:

- I- técnica que permite o desfrute igualitário dos bens materiais e culturais produzidos em uma sociedade e para todos os indivíduos que a compõem;
- II- técnica de igualdade de tratamento jurídico e político;
- III- técnica de integração social e
- IV- conceito técnico jurídico administrativo, no qual se descreve a prestação de uma atividade que atende a satisfação das necessidades públicas.⁵⁸³

Desse modo, considerando-se o acesso aos serviços públicos concedidos, como saneamento, energia, telecomunicações e transporte, além de outros, atinentes às necessidades mínimas existenciais com dignidade, tem-se que estes serviços devem ser prestados e usufruídos pelos indivíduos, como condição de manutenção de sua dignidade. Ainda, se houver negação de acesso, caracterizada estará a violação à dignidade da pessoa humana e a possibilidade, portanto, de exigir do Estado a prestação, inclusive por intermédio do Judiciário, eis que o acesso aos serviços públicos relacionados ao mínimo existencial, de acordo com o que vem sendo exposto, constitui direito público subjetivo. Aquele a quem é negado o acesso ao serviço adequado é reconhecido direito subjetivo próprio para exigí-lo judicialmente.⁵⁸⁴

Defende-se que “a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa -, o princípio da dignidade impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a

⁵⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 480.

⁵⁸² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 307.

⁵⁸³ SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria...*, p. 326-327.

⁵⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 711.

obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir às pessoas de viverem com dignidade.”⁵⁸⁵

Apesar dos elementos jurídicos, deve-se ter em vista os dados de realidade, dentre eles os materiais e financeiros subjacentes à aplicação do princípio, sem olvidar que o Direito tem como um de seus objetivos modificar a realidade.⁵⁸⁶

O Estado tem o dever de prestar serviços públicos, sendo, inclusive, o titular destes serviços. Arnoldo Wald enfatiza que não se deve esquecer o papel estatal “de garantir democraticamente a igualdade de acesso a todos a uma vida digna, sendo pois o grande catalisador do desenvolvimento institucional, econômico e social ao assegurar o bom funcionamento dos serviços públicos e a ordem e a justiça em todo território nacional.”⁵⁸⁷

Em face do princípio da dignidade, o Estado deve elaborar políticas públicas inclusivas, “que incluam todos os homens nos bens e serviços que os possibilitem ser parte ativa no processo socioeconômico e cidadão autor da história política que a coletividade eleja como trajetória humana.”⁵⁸⁸

Depreende-se, portanto, a necessidade e a instrumentalidade das políticas públicas e da prestação de serviços públicos como medidas aptas à proteção, promoção e concretização da dignidade da pessoa humana, sem olvidar, todavia, que o princípio também obriga e vincula no âmbito das relações privadas.⁵⁸⁹

De acordo com Ingo Sarlet, permanece atual a concepção jusnaturalista, segundo a qual, uma ordem constitucional que prestigia a dignidade da pessoa humana, em razão da sua qualidade, apenas, humana, ou seja, sem considerar qualquer outro atributo, parte da premissa de que o homem é titular de direitos e estes devem ser reconhecidos e respeitados pelos demais e pelo Estado.⁵⁹⁰

Na esteira do pensamento kantiano, Cármen Lúcia A. Rocha afirma que a dignidade é valor absoluto, portanto, sem valoração, imensurável, insubstituível e, desse modo, sobrepõe-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço.⁵⁹¹ Ela esclarece que “o preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se

⁵⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 109.

⁵⁸⁶ Conforme ressalta, dentre outros, Ana Paula de Barcellos. *Op. cit.*, p. 96-97.

⁵⁸⁷ WALD, Arnoldo. *Pareceres...*, p. 229.

⁵⁸⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio...*, p. 38.

⁵⁸⁹ De acordo com Cármen Lúcia A. Rocha o princípio da dignidade “vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é fundado no fim que é o homem” e acrescenta que o acatamento ao princípio legitima as ações e opções estatais. *O Princípio...*, p. 35.

⁵⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 37.

⁵⁹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio...*, p. 29.

com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada, porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço.”⁵⁹²

Os direitos fundamentais e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana não podem ser assegurados apenas a aqueles que podem pagar pelos serviços públicos concedidos pois o exercício e o usufruto de tais direitos não estão atrelados a um preço.⁵⁹³

Ademais disso, a dignidade da pessoa humana serve de guia material para a localização de direitos fundamentais implícitos. Desta feita, a partir da dignidade da pessoa humana podem ser extraídos direitos subjetivos fundamentais em vistas à sua proteção.⁵⁹⁴ Assim, é provável que sempre que uma posição jurídica estiver essencialmente ligada à dignidade da pessoa a norma revestir-se-á de caráter de direito fundamental.⁵⁹⁵ É o que ocorre com o serviço público, com o “direito fundamental de acesso ao serviço público adequado”, diretamente atrelado ao princípio da dignidade.

Nesse sentido, a par da necessidade da prestação de serviço público adequado para a satisfação dos direitos fundamentais, Romeu Felipe Bacellar Filho expõe que a doutrina administrativista tem reconhecido, no inciso IV do artigo 175 da Lei Fundamental de 1988, “o direito fundamental ao serviço público adequado, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade”.⁵⁹⁶ Também Adílson Abreu Dallari afirma que “o direito ao uso dos serviços é um dos direitos fundamentais do cidadão”.⁵⁹⁷

⁵⁹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Id.*, *Ibid.*

⁵⁹³ Jorge Luis Solomoni, ao tratar do conteúdo material do artigo 42 da Constituição Argentina, que estabeleceu a proteção do usuário, reconhece a obrigatoriedade por parte do Estado de garantir o acesso a todos os potenciais usuários dos serviços públicos, qualquer que seja sua situação econômica, ainda, afirma que a natureza do direito protegido é de direito humano e, portanto, reconhece que o usuário é titular de direito subjetivo a recorrer ao Judiciário para a defesa de seus direitos. SALOMONI, Jorge Luis. *Op. cit.*, p. 398-401.

⁵⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 107.

⁵⁹⁵ Conferir em: SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.*, sub-capítulo 4.3. Interessante observar que o Tribunal Constitucional de Portugal considerou que o direito fundamental à habitação – moradia digna – por representar um direito respaldado pela dignidade da pessoa humana, requer satisfação, ainda que mínima, do Estado, embora se encontre na dependência das opções e dos recursos estatais. Acórdão nº 151/92, extraído de SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.*, p. 114-115.

⁵⁹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O Poder normativo...*, p. 15.

⁵⁹⁷ DALLARI, Adilson de Abreu. *Op. cit.*, p. 215.

Neste sentido, observa-se que Cármen Lúcia Antunes Rocha identifica o direito social de acesso ao serviço público, a partir de análise do direito comparado, ao classificar os direitos sociais em: i) direito à formação pessoal; ii) à informação pessoal e social e iii) à participação social, estes subclassificados em: direito de produzir; direito de aceder a serviços públicos essenciais e direito de consumir.⁵⁹⁸

Há que se ter cautela, contudo Ingo Sarlet alerta que a dignidade, bem como a Constituição não devem representar um espelho no qual se vê tudo o que se almeja ver, sob pena de um esvaziamento da força normativa.⁵⁹⁹ Sarlet admite a sujeição da dignidade à ponderação de interesses, até porque, inexistente princípio absoluto, sem olvidar a manutenção de um núcleo essencial intangível, eis que é uma norma jurídica fundamental. Ele ressalta, porém, que a relativização da dignidade enquanto princípio não significa transação com a dignidade enquanto qualidade inerente e inviolável de todas as pessoas, merecedoras, assim, de igual consideração e respeito.⁶⁰⁰

Destarte, não se extrai outra conclusão, senão que o “oferecimento de específicas prestações materiais indispensáveis à vida com dignidade é de responsabilidade do Estado, o qual deve promover a sua satisfação, seja diretamente, ou, no ambiente de concorrência dos serviços públicos, através de subsídios.”⁶⁰¹ Aliás, reconhece-se o direito ao desenvolvimento humano sustentável, especialmente no âmbito da ONU, cuja essência é o “igual acesso às oportunidades de desenvolvimento, agora e no futuro”.⁶⁰²

Esse deve ser o referencial necessário e constante ao tratar do tema dos serviços públicos, neste caso, da concessão de serviços públicos. Qualquer aspecto da concessão de serviços públicos a ser abordado não pode furtar-se a considerar a função do serviço público⁶⁰³, sua relação direta com os direitos fundamentais e a

⁵⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios...*, p. 48.

⁵⁹⁹ O autor se fundamenta nos ensinamentos de Laurence Tribe e Peter Häberle. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 100.

⁶⁰⁰ Interessante verificar o posicionamento do autor em: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 120-141.

⁶⁰¹ LIMA, Vivian. *Administração...*, p. 134.

⁶⁰² New York: United Nations Development Programme, 1994, p. 19. Apud: TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 126-127.

⁶⁰³ Salutares as considerações de Diogo Coutinho Rosenthal: “Um olhar dinâmico e revigorado pela lente do direito administrativo e seus princípios relativos ao serviço público pode ser, por outro lado, a porta de entrada para a construção de um argumento dogmático a respeito da universalização. A premissa de que serviços públicos devem ser universalizados, porque assim determina a ordem jurídica, passa, assim, a estar fundada não somente no capítulo da ordem econômica da Constituição, de impossível interpretação em abstrato. A isso acresce o argumento fático de que a

dignidade da pessoa humana, sua condição de mínimo existencial bem como sua característica de direito fundamental. Pressupostos estes que demandam a efetivação do acesso aos serviços públicos concedidos.

privatização sugere uma interpretação dos princípios de direito público, porque altera substancialmente a realidade em que se dá a prestação de serviços públicos e que, nesse contexto específico, a idéia de universalização deve ser robustecida em países em desenvolvimento. Uma argumentação consistente voltada para o sentido dos princípios e objetivos fundamentais da República (art. 1º, II e III, e art. 3º, I, III e IV, da Constituição) bem como para os princípios da ordem econômica (art. 170, *caput* e incisos III e VIII, da Constituição), poderia demonstrar que a universalidade do serviço público é um princípio do direito público cuja aplicabilidade após as privatizações deve ser *valorizada*. Contribui também o argumento de que os serviços públicos têm – do ponto de vista material e econômico – traços que os fazem imprescindíveis em relação às necessidades básicas da sociedade. Nas sociedades contemporâneas vale dizer, por exemplo, que a água tratada, energia elétrica e telefonia fixa são utilidades cuja ausência afeta a dignidade humana.” ROSENTHAL, Diogo Coutinho. *Op. cit.*, p. 84.

4- REMUNERAÇÃO NAS CONCESSÕES: CORRELAÇÃO AO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A partir das investigações e dos aspectos eleitos no Capítulo 3, em síntese, quais sejam: a dificuldade de acesso e fruição individual dos serviços públicos concedidos sob o aspecto econômico do usuário, representada pela remuneração do serviço concedido. Além disso, a necessidade de implementação do acesso a partir da função essencial do serviço público, objeto da concessão, com o correlato dever estatal de redistribuição, em especial, considerando-se a realidade brasileira e o serviço público como instrumento de garantia ao mínimo existencial, à efetivação de direitos fundamentais e à promoção da dignidade da pessoa humana; o presente Capítulo, finalmente, tem por objetivo analisar práticas e mecanismos, atinentes à remuneração do concessionário, dificultadores do acesso aos serviços públicos concedidos em cotejo com outros, que, de acordo com o ordenamento jurídico, possibilitem a ampliação do acesso. Assim, existe a preocupação de como é possível ampliar o acesso e, por conseguinte, promover a universalização, com a manutenção do recurso à concessão de serviços públicos para a prestação de serviços públicos; ademais, refletir sobre a atribuição dos custos da universalização. Inicia-se, com o levantamento dos aspectos da remuneração.

A remuneração do concessionário envolve, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, três questões: as tarifas, as outras fontes de receita e o equilíbrio econômico-financeiro, temas estes que passam a ser analisados tendo em vistas a tentativa de universalização dos serviços públicos.⁶⁰⁴

4.1 ASPECTOS DA TARIFICAÇÃO

As decisões administrativas afetam a vida das pessoas, de algum modo, positiva e negativamente. A decisão por conceder a prestação de um serviço público deve ser respaldada por inúmeras avaliações de diversas ordens, bem como a opção por um modelo tarifário. Especialmente ao se ressaltar a relevância do

⁶⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...*, p. 702.

usuário de serviço público, a avaliação da tarifa adquire dimensões mais relevantes. Passa a ser necessária a identificação do usuário, qual a essencialidade e a intensidade de utilização do serviço para que a tarifa seja estipulada em vistas ao contexto social, cultural, jurídico e econômico brasileiro.

A adequada remuneração do concessionário é essencial para o êxito da concessão. Ela envolve diversos interesses e responsabilidades, tanto no que diz respeito, diretamente, ao ente político titular, ao particular prestador e aos usuários, além de outros indiretamente envolvidos. “Poucos pontos têm no regime da concessão de serviços públicos mais importância jurídica, e especialmente econômica, que o relativo às tarifas.”⁶⁰⁵

A tarifa deve remunerar o capital investido, ser suficiente para a operação e aprimoramento do serviço e propiciar lucro ao concessionário, dentro de um política tarifária estabelecida, por lei, pelo concedente.⁶⁰⁶ Contudo, as tarifas não têm aspecto contratual imutável; ao contrário, estão sujeitas às modificações unilaterais do concedente. O direito do concessionário diz respeito ao valor correspondente ao equilíbrio econômico-financeiro, que tem como um de seus componentes a tarifa. Assim, o concedente pode alterar a tarifa, sob a condição de revisar o contrato a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro.⁶⁰⁷

O titular do serviço público, de acordo com as características deste, pode delegar a sua prestação a particulares e detém, desse modo, o poder tarifário. Esse poder está atrelado ao dever de o concedente, por ser titular e, portanto, responsável pela prestação do serviço, fiscalizar, controlar e regulamentar a prestação delegada. A tarifa, embora baseada na proposta do licitante vencedor, é fixada administrativamente, em vistas aos diversos interesses e direitos envolvidos na concessão.

O debate acerca da natureza da remuneração ser taxa ou tarifa, há muito, é objeto das considerações doutrinárias⁶⁰⁸ e jurisprudenciais⁶⁰⁹. Em especial, após a

⁶⁰⁵“Pocos puntos tienen en el régimen de la concesión de servicios públicos más importancia jurídica, y especialmente económica, que el relativo a las tarifas.” BIELSA, Rafael. *Op. cit.*, p. 397-398.

⁶⁰⁶ Conforme esclarece SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Op. cit.*, p. 10.

⁶⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 705.

⁶⁰⁸ Segundo Geraldo Ataliba a taxa é devida quando o sujeito passivo requer, provoca ou utiliza serviço público específico e divisível, ou, ainda, quando o serviço, considerado por lei como obrigatório, está à disposição (taxa de serviço), além dos casos das taxas de polícia. Para ele, com base no art. 145, II, sempre que houver serviço público específico e divisível e optar-se por remunerar a prestação, esta deve ser por intermédio da taxa. O autor expôs entendimento, muito difundido, no sentido da adoção da taxa para os serviços públicos específicos e divisíveis, em razão de eles se

Constituição de 1988, há entendimento segundo o qual a taxa é aplicável aos serviços prestados pelo Estado e a tarifa a aqueles prestados por particulares.⁶¹⁰

O artigo 145, II, da Constituição determina que os entes políticos instituam taxas para a fruição dos serviços públicos divisíveis, enquanto o artigo 175, parágrafo único, III, remete à política tarifária. Embora a grande maioria dos serviços públicos admita fruição dividida e individual, há alguns serviços indivisíveis que beneficiam toda a coletividade, estes serviços devem ser remunerados por toda a coletividade, mediante outras receitas que não as taxas nem tarifas, mas, principalmente, pelos impostos. Assim, os impostos remuneram os serviços *uti universi* e, os *uti singuli*, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por taxas ou tarifas.

Hely Lopes Meirelles expôs que os serviços *uti singuli* por serem de utilização individual, facultativa e mensurável, devem ser remunerados por tarifa e não por imposto ou taxa.⁶¹¹

É possível determinar que a taxa é adotada para serviços compulsórios, ou seja, é cobrada pela disponibilização, independentemente da fruição, como água e esgoto e a tarifa para os de fruição facultativa⁶¹², cujo pagamento depende da utilização do serviço, que seria o caso da energia elétrica e do serviço de telefonia.

Os serviços denominados compulsórios dizem respeito ao interesse geral da comunidade na sua prestação, principalmente por questões de higiene e saúde pública.

Marçal Justen Filho critica a distinção entre serviços compulsórios e facultativos por entender que o serviço público envolve uma utilidade essencial para o usuário de modo que não existe facultatividade, além de a compulsoriedade ser uma característica de poucos serviços, como a água tratada e a coleta de dejetos. A taxa envolve, sim, uma compulsoriedade porque os tributos não dependem da

submeterem a regime de direito público, mesmo no caso de delegação, pois esta não altera o regime jurídico dos serviços públicos. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 156-170.

⁶⁰⁹ Exemplo é a Súmula 545 do STF, a qual dispõe: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”

⁶¹⁰ De acordo com Joana Paula Batista, os serviços públicos delegáveis são remunerados por tarifa apenas quando concedidos e o Estado, ao prestá-los diretamente, não pode optar entre as duas espécies de remuneração, deve remunerar-se por taxas. BATISTA, Joana Paula. BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 75 e 78.

⁶¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 299.

⁶¹² Entendimento fundado na Súmula 545 do STF. Também defendido por MEIRELLES, Hely Lopes. *Id.*, *Ibid.*

vontade de seus contribuintes.⁶¹³ O autor propõe uma solução de acordo com o regime jurídico das figuras e com o interesse público.⁶¹⁴ A taxa deve ser utilizada nos serviços de fruição compulsória, aqueles que envolvem interesse da comunidade, e nos serviços cujas condições são dificilmente mutáveis, desde que prestados pelo Estado.⁶¹⁵

Joana Paula Batista, ao identificar as duas possibilidades remuneratórias – taxa e tarifa – e tendo em vista a concessão de serviços públicos, submete a decisão por uma dessas possibilidades à análise consoante o princípio da proporcionalidade. A autora verifica que a taxa é compatível com o critério da adequação, ou seja, é medida útil e idônea, observa a necessidade, porém, não se coaduna com a proporcionalidade em sentido estrito – adequação entre meios e fins – porque não garante a justa remuneração do concessionário e o reequilíbrio econômico-financeiro em razão de o regime jurídico tributário requerer obediência a princípios como a legalidade e a anterioridade. Deve-se adotar, portanto, o sistema tarifário em se tratando de concessões de serviços públicos.⁶¹⁶

Na acepção de Cesar Guimarães Pereira, a remuneração dos serviços públicos delegados dá-se por tarifas, pois a delegação é incompatível com o regime tributário da taxa. Contudo, os serviços delegados também podem ser gratuitos, sem contraprestação do usuário, quando o delegatário remunera-se de outro modo, como por exemplo, por exploração publicitária. A taxa, por sua vez, é a remuneração dos serviços públicos prestados de modo direto pela Administração, em decorrência de lei e não como contraprestação ao serviço prestado.⁶¹⁷

Compartilha-se o entendimento de Cesar Guimarães Pereira no sentido que os serviços sujeitos à delegação, mesmo se compulsórios, devem ser remunerados por tarifas; eis que estas se relaciona com a delegação, com os interesses envolvidos e a tutela ao equilíbrio econômico-financeiro.⁶¹⁸

⁶¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 343.

⁶¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 346.

⁶¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 347-349. Não obstante, a matéria ainda é polêmica, observa-se, por exemplo, a seguinte decisão do STF – RE 201.630 - na qual a Min. Ellen Gracie citou existir “jurisprudência já há muito consolidada nesta Corte, no sentido de que o serviço de fornecimento de água é submetido ao regime de preço público e não taxa, como manifestado no ERE 54.491/PE e nos RREE 85.268-PR e 77.162-SP.”

⁶¹⁶ Ressalta-se que a autora defende a remuneração por tarifa apenas aos serviços públicos delegáveis, quando concedidos, e rechaça, inclusive, a cobrança de tarifa por estatais prestadoras de serviços públicos. BATISTA, Joana Paula. *Op. cit.*, p. 73-75 e 77-78.

⁶¹⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 335, nota 2 e p. 342-346.

⁶¹⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Id.*, p. 357.

Entende-se que a natureza da remuneração dos serviços prestados por particulares é tarifária, submetida a regime administrativo e não tributário, por este ser incompatível com a delegação da prestação.⁶¹⁹ Em síntese, a taxa deve obedecer princípios tributários como legalidade⁶²⁰, anterioridade⁶²¹ e não confisco⁶²². A exploração da atividade pelos particulares requer um regime mais flexível que o tributário, adaptável às necessidades e características atuais do serviço, além de a remuneração servir para a determinação constitucional de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁶²³ Assim, o estudo proposto verticaliza-se no sentido de verificar aspectos relevantes da tarificação dos serviços públicos concedidos.

Conforme se depreende do parágrafo único do artigo 175 da Constituição da República, o sistema de remuneração dá-se por regime tarifário. O artigo estabelece a necessidade de políticas tarifárias. Por sua vez, a Lei de concessões, em seu artigo 9º, determina ao concedente a fixação de tarifas. A remuneração está relacionada à tarifa módica⁶²⁴, que corresponde à menor tarifa para o melhor serviço possível.⁶²⁵ No entanto, o concessionário deve ter a garantia de recebimento de uma tarifa justa. Nesse aspecto, a seriedade dos governos e governantes é essencial, se não a iniciativa privada perde interesse no investimento.⁶²⁶

⁶¹⁹ Marçal Justen Filho expõe que “o regime tributário é incompatível com o regime jurídico da remuneração do concessionário (permissionário). Quando o Estado outorga concessão, não se altera o regime jurídico da prestação do serviço público, mas se modifica o regime jurídico da sua remuneração.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 347.

⁶²⁰ Em breves considerações, para não fugir ao tema proposto, a legalidade, em termos tributários, encontra-se prevista no artigo 150, I, da Constituição e determina que as taxas só podem ser exigidas ou alteradas por lei, de modo que os subsídios, anistias, remissões dependem de lei específica, conforme o § 6º do mesmo artigo.

⁶²¹ O princípio da anterioridade, disposto no artigo 150, III, b, prevê que os tributos só podem ser cobrados no exercício financeiro seguinte a aquele da lei que os instituiu ou aumentou.

⁶²² Previsto no artigo 150, IV, o qual faz com que a taxa corresponda ao custo efetivo do serviço.

⁶²³ O que não excluiria a possibilidade de o Estado, mesmo em prestação direta, adotar a tarifa em razão das características do serviço prestado porque a mutabilidade é inerente ao serviço público. A respeito, conferir JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 347.

⁶²⁴ Há discussão na doutrina quanto à forma de remuneração do concessionário, se seria taxa, tarifa, preço público ou imposto. Não entraremos no debate, pois elasteceria o objeto do presente estudo. Remete-se a JUSTEN FILHO, *Id.*, p. 340-350.

⁶²⁵ Rafael Bielsa anota que elemento importante da tarifa é a equidade na sua determinação, com este conceito se expressa o princípio da modicidade, justiça e razoabilidade. BIELSA, Rafael. *Op. cit.*, p. 398. É possível observar que o sistema tarifário argentino sofreu grande influência norte-americana no que se refere ao critério justo e razoável na fixação das tarifas. Agustín Gordillo ressalta que as tarifas devem ser justas e razoáveis tanto para o concessionário como para os usuários. GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*, p. VI-27-28.

⁶²⁶ Ressalta Caio Tácito: “A distância entre o discurso e a ação abala a credibilidade nas instituições públicas e perturba a convocação da iniciativa privada para a retomada do desenvolvimento. Lamentavelmente, a estagnação conspira, no caso, contra o interesse da coletividade em que prospere o indispensável saneamento de serviços públicos essenciais. É que em matéria de energia

O modelo clássico de concessão é aquele em que nenhum tipo de remuneração é extraído dos cofres públicos para manutenção do serviço. O particular aplica as verbas necessárias para desenvolver o empreendimento, podendo lucrar ou ter de arcar com os prejuízos decorrentes das áleas ordinárias.

Para configurar um contrato de concessão, necessariamente, a remuneração do concessionário deve advir da “exploração” do serviço concedido, contudo, nada impede que sejam previstas outras fontes de recursos para compor-lhe a remuneração além da tarifa paga diretamente pelos usuários.⁶²⁷ A remuneração direta “tem importância apenas indiciária na verificação da relação jurídica envolvida na prestação de serviço público e na própria configuração da delegação” uma vez que a concessão configura-se pela delegação da prestação do serviço com a assunção de riscos pelo concessionário, bem como pelo vínculo estabelecido entre prestador e usuário.⁶²⁸

A remuneração básica do concessionário dá-se pela tarifa, que deve ser módica e é fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pela revisão. É a tarifa que permite a remuneração do concessionário e, ao mesmo tempo, representa um custo ao usuário, de modo que tem papel central para o sucesso do empreendimento⁶²⁹ e para o acesso aos serviços. Dessarte, o poder concedente tem o dever de, sendo necessário, alterar o valor das tarifas em razão do interesse público, mas esta alteração, se representar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, exigirá a sua recomposição.⁶³⁰

elétrica e em outros ramos fundamentais, como os de comunicações, transportes, portos ou rodovias, não há serviço mais caro do que aquele que não existe.” A Nova lei de concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, 201, jul/set. 1995, p. 29-34, p. 34.

⁶²⁷ Conforme enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello, a exploração pode ser feita por outro meio que as tarifas cobradas dos usuários, como ocorre nas concessões de rádio e televisão, hipóteses em que a remuneração decorre de anúncios publicitários, ou seja, não há tarifas e nem pagamento pelos usuários, mas, sem dúvida, a remuneração está relacionada com a exploração da atividade. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 673.

⁶²⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 352.

⁶²⁹ Conferir em GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço...*, p. 249.

⁶³⁰ Interessante a jurisprudência trazida por Rafael Bielsa da Corte Suprema, posteriormente também reproduzida por Jorge Luis Salomoni “la absoluta libertad de contratar y de fijar el precio de las cosas o de los servicios, existe solamente cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicadas a objeto puramente privados. Cuando lo son a usos públicos, especialmente si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado, como ocurre precisamente en el caso de que se trata esta litis, el propietario o concesionario se encuentra sometido, por el carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgado a um contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargado de prestar. Y ello se justifica, tanto por el hecho de la autorización acordada para ejercer funciones que em principio corresponden al Estado o dependen de una concesión del mismo, cuanto porque importando el privilegio acordado um monopolio real o virtual, la absoluta libertad de

A tarifa abrange, primordialmente, o custo da manutenção e ampliação do serviço e a amortização do capital investido pelo concessionário, descontadas eventuais receitas alternativas, acessórias e outras, conforme autorizam os artigos 11 e 18 da Lei 8.987/95. Assim, a remuneração do concessionário advém da diferença entre o custo necessário para produzir, comercializar e manter o serviço público e o preço correspondente auferido como resultado da exploração, de modo justo e razoável.

A fixação tarifária submete-se ao regime jurídico administrativo, diferentemente das taxas, as quais pertencem ao regime tributário. Desse modo, as bases tarifárias, em regra, já são fixadas no edital de licitação pelo poder tarifário do concedente e são definidas com a proposta vencedora e formalização do contrato de concessão. A fixação e alteração das tarifas podem ser realizadas por atos administrativos, não necessitando de lei. Ainda, as tarifas são reajustadas por previsão contratual e podem ser revisadas a qualquer momento necessário.

Deve ser destacado no estabelecimento da tarifa o princípio da isonomia sob o aspecto de ser vedada cobrança arbitrária e para propiciar medidas de distribuição eqüitativa do ônus da prestação de serviços públicos. A tarifa, justamente por diferir da rigidez do regime tributário e assumir sistema mais ajustável, propicia atingir a isonomia entre os usuários.⁶³¹

A tarificação também pode ter efeitos “extrafiscais” quando não corresponde exatamente ao custeio da prestação para incentivar ou desestimular a fruição, observados certos limites e desde que haja interesse público. Resta assim, evidente, a característica da política tarifária enquanto política pública, como, por exemplo, quando da crise energética. Também pode ser atribuído caráter pedagógico à tarifa para condicionar a conduta do usuário a fim de que este racionalize o consumo e para demonstrar-lhe que todo serviço tem um custo.⁶³²

contratar o de fijar los precios sometería al público que no puede prescindir de tales servicios, a la opresión económica de los concesionarios.” (Fallos, CXLVI, 207, t. 136, p. 161). BIELSA, Rafael. *Op. cit.*, p. 399, nota 53. SALOMONI, Jorge Luis. *Op. cit.*, p. 162-163.

⁶³¹ Conforme leciona PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 378-379.

⁶³² É o que expõe PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Id.*, p. 43, com fundamento na doutrina de LONG, Martine. *La tarification des services publics locaux*. Paris: LGDJ, 2001, p. 35. Observa-se que o STF reconheceu o aspecto extrafiscal da tarifa a partir da seguinte ementa: “Serviço de fornecimento de água. Adicional de tarifa. Legitimidade. Mostra-se coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal o despacho agravado, ao apontar que o ajuste de carga de natureza sazonal, aplicável aos fornecimentos de água pela CAESB, criado para fins de redução do consumo, tem caráter de contraprestação de serviço e não de tributo. Precedentes ERE 54.491, RE 85.268, RE 77.162 e ADC

Em sentido contrário, Guimarães Pereira entende que a tarifa deve estar atrelada à remuneração do serviço, assim como no direito francês, onde se adota o critério da equivalência, no sentido que a tarifa é exigida por um serviço efetivamente prestado e em valor equivalente aos custos deste.⁶³³

Nem sempre a tarifa é paga no mesmo momento da prestação efetiva do serviço. Se houver autorização contratual e previsão na licitação, pode ser invertida a política tarifária e cobrada tarifa antecipada a fim de se constituir um fundo. Foi o que ocorreu no Brasil para a ampliação dos usuários de telefonia fixa, quando foram oferecidos “plano de expansão” e os interessados recebiam ações da empresa prestadora do serviço.⁶³⁴

A tarifa se refere a um valor numérico, em regra, correspondente a uma medida, a uma unidade, por exemplo, Kwh, m³, Km, Kg, eixo, pulso, minuto, e o valor cobrado é o resultado da quantidade de unidades consumidas multiplicada pela tarifa. O usuário é o responsável pelo seu pagamento, mas ela não precisa corresponder integralmente à remuneração do serviço e à amortização de investimentos, pois são admitidas outras receitas, nos termos do artigo 11 da Lei 8.987/95.

O estabelecimento das tarifas submete-se a diversos princípios, principalmente aos do regime jurídico-administrativo e àqueles das atividades econômicas, mas, de modo especial, são princípios aplicáveis às tarifas:⁶³⁵

- 1- modicidade, o qual se justifica em razão de o serviço público ser um instrumento para a consecução de interesses públicos e realização de fins eleitos para o Estado. O serviço deve estar ao acesso de todos, razão pela qual a tarifa deve ser módica. A modicidade indica um equilíbrio entre o custo da prestação do serviço e o lucro do concessionário. A modicidade é representada por uma relação satisfatória entre as vantagens auferidas e as

09. Agravo Regimental desprovido.” (STF, 1ª T., RE-AgR 201.630/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.06.2002, unânime, DJU 02.08.2002, p. 79.)

⁶³³ TROTABAS, Louis. *Droit fiscal*, p. 18. Apud: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 359.

⁶³⁴ Conforme relata SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 35, e GORDILLO, Agustín. GORDILLO, Agustín. *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996, pp. II-5.

⁶³⁵ A esse respeito, são esclarecedoras as enumerações e considerações de Joana Paula Batista. *Op. cit.*, p.105-109, bem como de URRUTIGOITY, Javier. *Retribución en los servicios públicos*. In: AGUIRRE, Marta González. (Coord.). *Los Servicios públicos: régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 63-117, p. 111.

tarifas correspondentes, corresponde “à idéia de menor tarifa em face do custo e do menor custo em face da adequação do serviço.”⁶³⁶ Ao Poder Público compete estabelecer parâmetros para a formação da tarifa módica. Se ela não for módica, a fim de se respeitar o princípio da modicidade e, em última análise, o da generalidade, é necessário que o Estado assuma a prestação direta dos serviços ou complemente a remuneração mediante subsídios.

- 2- Certeza, o valor da tarifa, seus critérios e variações devem ser conhecidos pelos usuários do serviço de antemão. Princípio este que se relaciona com o princípio geral da administração de publicidade. Inclusive, Díez leciona que o sentido etimológico da palavra “tarifa” vem do árabe com o significado de publicação ou divulgação.⁶³⁷
- 3- Razoabilidade, a tarifa deve remunerar adequadamente o concessionário em razão do serviço que desempenha, indica que os aspectos que compõem a tarifa devem ser estabelecidos de modo objetivo, mensurado e justificado tendo em vista a modicidade a permitir a universalização e os demais princípios.
- 4- Isonomia, como decorrência do princípio da igualdade⁶³⁸, a tarifa não deve estabelecer privilégios a alguns usuários em detrimento de outros, nesse sentido, entende-se que a tarifa deve ser justa. Admitem-se tarifas diferenciadas em razão de condições diferenciadas, conforme o princípio da isonomia. A igualdade, inclusive, se aproxima da noção de capacidade contributiva, sob dois aspectos: impedimento de situações de incapacidade de pagamento e a adoção de mecanismos que permitam o pagamento de tarifas, em busca da igualdade substancial.⁶³⁹
- 5- Proporcionalidade, o valor da tarifa deve guardar proporção com a qualidade do serviço prestado.

⁶³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 308.

⁶³⁷ DíEZ, Manuel M. *Servicio público de los teléfonos*. Buenos Aires, 1942, p. 123. Apud: URRUTIGOITY, Javier. *Op. cit.*, p. 112.

⁶³⁸ A respeito, Javier Urrutigoity comenta que o princípio da igualdade inspira um dos caracteres dos serviços públicos e tem uma de suas aplicações mais fecundas em matéria de tarifas. URRUTIGOITY, Javier. *Id.*, *Ibid.*

⁶³⁹ Conforme leciona PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 367.

- 6- Realidade, o valor pago pelo usuário deve corresponder ao que efetivamente usufruiu⁶⁴⁰. Segundo o princípio da realidade tarifária, não seriam admissíveis tarifas estimativas de consumo ou de consumo mínimo. Ainda, o princípio diz respeito à realidade das diferenças de custos ou circunstâncias que fundam as distinções tarifárias e a realidade dos custos de circunstâncias contingentes.
- 7- Tarifa suficiente, a tarifa deve ser módica mas também deve possibilitar a manutenção, conservação e ampliação dos serviços prestados, a fim de atender a generalidade de modo a permitir o acesso de todos os que necessitem dos serviços.
- 8- Justiça, Gaspar Ariño relaciona a justiça com a estrutura tarifária no sentido de superar o custo real de cada serviço pelo global de modo a permitir os subsídios cruzados – internos ao serviço – sem prejudicar a empresa e em favor da equidade social, da capacidade contributiva e da manutenção de serviços deficitários.⁶⁴¹

O Ministro José Augusto Delgado afirma que o operador do direito, ao interpretar as normas de concessão, deve considerar as complexidades do instituto sem olvidar-se, contudo, que é comandada por dois princípios fundamentais: respeito à dignidade humana e valorização da cidadania. Em vista disso, afirma que a política tarifária não deve ser visualizada apenas como um modo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁶⁴²

A relação jurídica travada entre concessionário e usuário na concessão de serviço público é complexa, pois o direito à prestação não é correspondente, de um modo geral, ao dever de remuneração. “Diversas condicionantes temperam a posição jurídica de cada parte. Aponta-se que o princípio da dignidade humana,

⁶⁴⁰ É um princípio que decorre da adoção pelo país das políticas de liberalização recomendadas pelo Consenso de Washington pois os investimentos em infra-estrutura e serviços públicos, antes realizados pelo governo, foram transferidos ao setor privado em razão do endividamento e da dificuldade de gestão do governo. Desse modo, as tarifas passaram a ter que refletir o efetivo custo de fornecimento do serviço “realismo tarifário”, admitindo-se, contudo o subsídio tarifário, se necessário. DUPAS, Gilberto e OLIVEIRA, Fábio Villares de. Uma visão..., p. 26.

⁶⁴¹ *Economía y Estado*. El Estado productos de las nacionalizaciones a las privatizaciones. El Estado regulador del monopolio a la competencia. Buenos Aires, 1993, p. 411-414. Apud: URRUTIGOITY, Javier. *Op. cit.*, p. 113.

⁶⁴² DELGADO, José Augusto. Evolução e características do contrato de concessão. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu, 8 e 9 de junho de 2001, p. 155.

refletido em normas específicas, assegura o direito a certas prestações do serviço público independentemente da efetivação do pagamento.”⁶⁴³

A fixação tarifária é compreendida pelas denominadas cláusulas regulamentares, ou seja, o concedente tem domínio sobre as tarifas⁶⁴⁴. O estudo a respeito da tarifação deve ser elaborado na denominada fase interna da licitação pois esta vai culminar na elaboração do edital convocatório. De acordo com o inciso IX, do art. 18 da Lei de Concessões, o edital deverá estabelecer “os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta”, a serem estabelecidos de acordo com as condições reais do serviço.

As definições contidas no edital são de extrema relevância para o desenvolvimento da concessão porque as propostas dos licitantes são elaboradas de acordo com aquelas, assim, o valor a ser proposto como tarifa é pautado pelas condições do edital, se nele já não estiver previsto. Depreende-se que as leis e a Constituição não estabelecem o título de habilitação do usuário para fruição do serviço, é o contrato de concessão, conforme dispõe o art. 23, VI, da Lei 8.987/95, que prevê as condições de obtenção e utilização do serviço, ou seja, é o contrato que prevê as condições de acesso.⁶⁴⁵

Os critérios de julgamento da licitação para concessão, nos termos do art. 15 da Lei 8.987/95, são: menor valor da tarifa; maior oferta ao poder concedente; melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; combinação do menor valor com a melhor técnica; combinação da maior oferta ao concedente com a melhor técnica; melhor oferta pela outorga após qualificação de propostas técnicas; menor valor da tarifa com maior oferta ao poder concedente e menor valor da tarifa com melhor oferta pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

O critério adotado vai delimitar a tarifa até o vencimento do contrato de concessão e pode propiciar tarifas mais módicas ou não. Dentre os critérios, sem dúvida, aquele que permite a tarifa mais módica é o de menor tarifa porque neste os proponentes, tendo em vista a viabilidade financeira, procurarão ofertar a tarifa mais reduzida possível e o poder concedente não obterá qualquer vantagem econômica. De um modo geral, a técnica não é prejudicada porque o edital deve prever

⁶⁴³ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 337.

⁶⁴⁴ Contudo, Jean Rivero afirma a tendência de deixar o domínio das tarifas aos concessionários para aumentar o sentimento de responsabilidade pela gestão. *Op. cit.*, p. 523.

⁶⁴⁵ Conforme aponta PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Id.*, p. 87-88.

requisitos técnicos atinentes ao objeto e à adequação do serviço.⁶⁴⁶ Não obstante, a melhor técnica, mesmo, eventualmente, com tarifas mais elevadas pode, atender de modo mais satisfatório as necessidades envolvidas.

Quando a concessão adota o critério de maior oferta ao poder concedente, ainda que combinado com a menor tarifa, transfere aos usuários a vantagem econômica a ser auferida pelo concedente. Isso significa que a tarifa não engloba apenas a prestação do serviço e o lucro do concessionário, mas também a participação do concedente, portanto, tem valor mais elevado. Na licitação de maior oferta produz-se uma espécie de “alienação onerosa” do poder-dever de exploração do serviço.⁶⁴⁷

Marçal Justen Filho comenta que na experiência brasileira em poucas situações é adotado o critério da menor tarifa pois tem sido utilizado o de maior lance, ainda que combinado. Disso resulta a insatisfação dos usuários contra tarifas onerosas. O autor considera que a maioria dos usuários é favorável às concessões, mas não aprova as tarifas, as quais, principalmente por resultarem de licitação de maior oferta, são mais elevadas que o necessário.⁶⁴⁸ Aquele jurista aponta que, diante da Constituição, o critério de julgamento mais apropriado é o da menor tarifa por reportar menos ônus aos usuários. E, desse modo, defende que a adoção de outro critério depende de autorização legislativa específica, vale dizer, a autorização legislativa genérica autoriza apenas a licitação por menor tarifa.⁶⁴⁹

Ainda, o modelo tarifário varia de acordo com o regime de prestação dos serviços, se monopólio ou concorrência. Os serviços concorrenciais têm a política tarifária regulada pela concorrência e, de modo mais restrito, pelo concedente, principalmente no sentido de evitar condutas prejudiciais à concorrência.⁶⁵⁰

Sem dúvida, o Poder Público fixa as tarifas das atividades prestadas em monopólio, mas em vista da abertura de alguns serviços públicos à concorrência, a

⁶⁴⁶ No entanto, há objetos que necessitam da adoção da melhor técnica ou deste critério combinado com outro porque o julgamento da melhor proposta requer especificações técnicas mais minuciosas.

⁶⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 252.

⁶⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 260.

⁶⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 261.

⁶⁵⁰ “No regime de Direito Privado o que garante preço baixo e qualidade é a concorrência. As empresas, concorrendo entre si, irão conquistar o consumidor na medida em que oferecem bens ou serviços equivalentes com qualidade melhor e preço mais baixo. Estamos vivendo uma mudança bastante significativa de um cenário em que preço baixo e qualidade eram conseguidos através do sacrifício de toda a Sociedade para outro em que decorrem da competência empresarial.” COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71, p. 194.

tarifação torna-se mais complexa, pois não há como ele fixar de modo absoluto e, muito menos, deixar apenas a cargo do mercado, eis que permanece titular e responsável pela atividade. Em tais hipóteses é possível sugerir i) tarifas máximas para os prestadores em regime público – concessionários e permissionários – de modo que a concorrência viabilize tarifas mais reduzidas e ii) permitir liberdade tarifária aos prestadores em regime privado – autorizatários – preservando-se o direito de livre acesso às infra-estruturas.⁶⁵¹

Muitos serviços são prestados em regime de monopólio, especialmente em razão de serem monopólios naturais⁶⁵², o que inviabiliza a concorrência. Nos termos do artigo 16 da Lei 8.987/95 a concessão é outorgada sem exclusividade, contudo, admite-se o “regime de exclusividade”⁶⁵³ quando houver impossibilidade econômica ou técnica. De um modo geral, a abordagem aqui realizada terá em vista os serviços monopolísticos, eis que sujeitos à regulação tarifária mais intensa, o que não exclui a sua extensão aos serviços concorrenciais⁶⁵⁴. Também não é possível generalizar um modelo tarifário para todos os serviços públicos, ele deve adequar-se às características de cada atividade, da localidade e dos usuários.

4.2 A RELATIVIDADE DA CARACTERÍSTICA “POR CONTA E RISCO” E SUA REPERCUSSÃO NAS TARIFAS

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que a álea ordinária no direito francês – o risco a ser suportado apenas pelo concessionário – abrange não apenas as hipóteses em que este age com ineficiência, negligência ou incapacidade, como no direito brasileiro, mas também as oscilações de preços comuns ao mercado, utilização insuficiente dos usuários e medidas gerais do Poder Público que afetam a

⁶⁵¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VI, nº 30, mar/abr 2005, p. 77-97, p. 92.

⁶⁵² Serviços prestados em exclusividade por haver impossibilidade técnica de mais de um prestador ou para manter as tarifas módicas.

⁶⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 685.

⁶⁵⁴ Verifica-se a tendência de os serviços prestados em regime de concorrência terem as suas tarifas reguladas pelo mercado, mediante liberdade tarifária, conforme se observa, por exemplo, nos artigos 104 e 129 da Lei de Telecomunicações. Dinorá Grotti questiona se a liberdade tarifária e o contexto de concorrência são compatíveis com a noção de serviço público e se permitem a realização das suas finalidades, até porque não é este o regime instituído pela Lei de Concessões. GROTTI, Dinorá A. Musetti. *O Serviço...*, p. 253.

todos indiscriminadamente. A restrição do risco do concessionário no Brasil é decorrente do art. 167, da Constituição de 1967, o qual assegura “tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e fiscalização permanente e periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.”⁶⁵⁵

Diante do texto constitucional da época, Bandeira de Mello asseverou que

desde que o texto constitucional exige a adoção de tarifas que assegurem a justa remuneração do capital, impõe a garantia do equilíbrio econômico e financeiro e requer a revisão periódica das tarifas, está visto que sempre que ocorrer desequilíbrio na equação patrimonial – mesmo que derivado de oscilações de preços no mercado, insuficiência do número de usuários, ou de providências governamentais desempenhadas em nome de sua supremacia geral e sem relação com a posição jurídica de contratante que haja assumido – o Poder concedente deverá restabelecer o equilíbrio através da revisão de tarifas, de modo não só a restaurar-lhe os termos de igualdade mas ainda com fito de assegurar a justa retribuição do capital. Em outras palavras a Lei Magna impõe indiretamente a adoção, nas concessões, do regime de serviço pelo custo, dando a garantia de uma margem fixa de lucro.⁶⁵⁶

Ainda, a teoria da imprevisão no direito francês apenas autoriza a compensação parcial dos prejuízos do concessionário⁶⁵⁷, o que não se compatibiliza com a Constituição brasileira que determina a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.⁶⁵⁸

A expressão “por conta e risco do concessionário” é apta a gerar concepções distintas, que podem causar equívocos. De um modo geral, a característica “por conta e risco” é entendida como a ausência de remuneração por parte do poder concedente. Ela decorre da exploração empresarial da atividade, e se o concessionário for bem sucedido lucrará, se não, arcará com os prejuízos. No entanto, importante considerar que o serviço público concedido continua sendo público, desse modo, ele também é prestado por conta do poder concedente, muito

⁶⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação...*, p. 46-47. Também na Constituição de 1934 (art. 137) como na Constituição de 1937 (art. 147) foi determinada a edição de lei para regular, fiscalizar e revisar as tarifas dos serviços públicos explorados por concessão.

⁶⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Id.*, p. 47-48.

⁶⁵⁷ Observa-se, no *arrêt Gaz de Bordeaux*, como o Direito francês tende a ser rígido quanto aos riscos do concessionário e ao restabelecimento da equação contratual, uma vez que muito se discutiu sobre o direito de a *Compagnie générale D'Éclairage de Bordeaux* alterar o preço do gaz fixado no contrato de concessão e de receber uma indenização reparatória pelo aumento significativo do carvão em decorrência da guerra, que passou de 35F em janeiro de 1915 para 117F em março de 1916. No caso, em razão da superação das possíveis previsões do máximo suportável pelo concessionário e do interesse geral na prestação e continuidade do serviço público, foi aplicada a teoria da imprevisão. LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. et al. *Op. cit.*, p.176-184.

⁶⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação...*, p. 48.

embora o concessionário assuma direitos e obrigações em nome próprio, pois o serviço continua sob o regime de direito público e sob a titularidade estatal.

O risco ao qual o particular se sujeita, na realidade, é relativo, uma vez que a sua autonomia na administração do empreendimento é relativa por estar sujeita à intervenção estatal, eis que fornece utilidades essenciais.

Gaspar Ariño Ortiz enfatiza o compartilhamento de riscos entre concedente e concessionário, pois o “Estado é sempre uma espécie de sócio obrigatório do concessionário. Isso se deve às mudanças que podem ser introduzidas e também pelo risco imprevisível que possa ocorrer ao longo da vida do contrato, que muitas vezes são de cinquenta, sessenta, setenta anos.”⁶⁵⁹ Desse modo

Quando o contrato se desequilibra por mudanças das circunstâncias, o Estado deve vir em ajuda ao concessionário para compor uma parceria de auxílio. O concessionário suportará a alea de risco ordinário do contrato, obviamente com direito a um benefício ordinário; porém, quando ocorrem graves desequilíbrios – essa é a tese do contrato administrativo – é preciso que o Estado atue para contornar a situação.⁶⁶⁰

A relevância do tema reside no fato de que o risco, além de afastar investidores, interfere na formulação de propostas e é computado no preço da tarifa, ou seja, ele integra a tarifa, de modo que, quanto maior o risco, mais elevada será a tarifa. Destarte, “a ampliação do risco do concessionário é incompatível com a realização do objetivo da tarifa módica. Se uma das finalidades essenciais da delegação é assegurar a prestação do serviço público mediante tarifas módicas, uma decorrência inafastável é a ponderação do risco a ser atribuído ao concessionário.”⁶⁶¹

Impor ao concessionário que suporte todo e qualquer insucesso gera a elevação das tarifas para compensar a insegurança dos eventos futuros e resulta na frustração do interesse público. A ineficiência do empreendimento não deve ser repassada à tarifa do usuário, pois o sistema de tarifação deve ser apto a promover a eficiência.⁶⁶²

⁶⁵⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Direito e economia: fundamentos do direito administrativo econômico*. Palestra proferida na Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, em 07 de abr. de 2006. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_palestras.php?idPalestra=16. Acesso em: 02 out. 2006.

⁶⁶⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Id.*

⁶⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 78.

⁶⁶² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 369.

Demonstra-se a importância da redução dos riscos com a preocupação dos demais países como França, Itália, Espanha e Portugal que admitiram a colaboração do Estado no custeio, vinculada aos resultados da atividade.

Não se pode confundir a diminuição de riscos com a eliminação de riscos. Devem ser eliminados os riscos desnecessários que causam a elevação das tarifas. Riscos são inerentes às atividades empresariais e às concessões de serviço público. Se o particular receber remuneração direta do Estado, sem vinculação aos resultados da exploração, desvirtua-se o instituto.

A diminuição dos riscos dos particulares, conseqüentemente, a diminuição das tarifas de modo a torná-las mais acessíveis, pode ocorrer de diversas formas, dentre elas: marcos regulatórios estáveis, financiamentos atrativos, garantias, economia estável, políticas públicas definidas e respeito aos contratos, às leis e, em especial, à Constituição.

Os riscos podem decorrer da assimetria de informações entre concedente e concessionário, ou seja, uma das partes detém informações que não estão disponíveis à outra. Esse é um exemplo de risco endógeno. Também é muito comum o risco regulatório, que é uma especificação do risco político relacionado a reajustes, revisões contratuais e restrições legais adicionais.⁶⁶³ Os riscos endógenos “são aqueles que podem ser reduzidos pela identificação e atribuição de seu controle às partes que possuam o incentivo adequado para diminuir ao máximo sua exposição a eles.”⁶⁶⁴ Em outros termos, os riscos endógenos devem ser remetidos à parte que tem melhores condições de alocá-los. Contudo, há também riscos externos exógenos, alheios à intenção e ao controle das partes, de modo que “o único critério econômico para sua alocação é atribuí-lo à parte com menor custo para dele defender-se”⁶⁶⁵ especialmente, mediante contratos de seguro.

Em termos econômicos, o risco exógeno pode ocorrer quando a demanda pelo serviço não corresponde à projeção, bem como quando os custos dos insumos da prestação aumentam de modo desproporcional aos reajustes. Existem também os riscos de força maior, exemplificados por greves e fenômenos climáticos, aos quais é possível remediar com contratos de seguro. É significativo o risco político – ações políticas em geral não específicas ao contrato - incidente sobre as

⁶⁶³ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: FIPE/USP, 2001, p. 49-50.

⁶⁶⁴ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 44.

⁶⁶⁵ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 45.

concessões. Além disso, existem os riscos financeiros de variações cambiais e da taxa de juros.⁶⁶⁶

Roberto Guena de Oliveira alerta que “Usualmente, o risco é percebido como um custo adicional por parte dos investidores. Esse efeito deve ser levado em consideração.”⁶⁶⁷ O autor observa que a “Incerteza quanto às tarifas futuras ou taxas de retorno permitidas tornam projetos extremamente arriscados.” Desse modo, os investidores potenciais em concessões de obras e/ou serviços precisam de garantias de que os riscos assumidos com a construção e a implementação das operações sejam corretamente avaliados pelos executores do processo e mantidos dentro de certos limites pelos gestores do contrato.⁶⁶⁸ Também, contratos bem elaborados podem evitar vários riscos.⁶⁶⁹

O tempo de retorno do capital investido e dos juros denomina-se *payback* e é um importante fator na avaliação de risco do projeto, porque os investimentos a curto prazo oferecem liquidez mais rapidamente que os demorados e o futuro distante pode abranger maiores riscos.⁶⁷⁰

Ao referir-se à exploração “por conta e risco” do concessionário (art. 2º, II e III da Lei 8.987/95) tem-se que este risco envolve aqueles inerentes a toda atividade empresarial – os riscos econômicos (exógenos) e os riscos de construção, financiabilidade e insolvência (endógenos) -, portanto, de responsabilidade do concessionário e não induzem ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁶⁷¹

Os outros riscos, denominados por *álea extraordinária* por serem imprevisíveis e, algumas vezes, inevitáveis, quando administrativos, são atribuídos à Administração e, quando econômicos, tendem a ser repartidos.⁶⁷²

⁶⁶⁶ Conferir OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 45-47.

⁶⁶⁷ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 27.

⁶⁶⁸ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 49.

⁶⁶⁹ Tem-se que um contrato “deve idealmente estabelecer que: a) ao comportamento oportunista de uma das partes contratantes seja associado um custo equivalente ao imposto às outras partes; b) o risco seja alocado àquela parte que com [sic] maior capacidade de controlá-lo. A condição a) é obtida através de um sistema de garantias e de multas contratuais. A condição b) impõe que a parte responsável por gerir um risco deva arcar também com os custos desse risco. Isso faz com que ela tome as medidas necessárias para minimizar o risco. Por exemplo: se um contrato de concessão de rodovias estabelece que a concessionária deva ser responsável por obras de proteção contra deslizamento de barreiras, ela também deverá ser responsável pela reparação da rodovia caso o deslizamento ocorra. Caso isso não ocorresse, a concessionária não teria o estímulo correto para realizar o esforço ótimo de proteção.” OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 44.

⁶⁷⁰ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 40.

⁶⁷¹ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 56.

⁶⁷² OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, *Ibid.*

Propõe-se, assim, uma análise mais cautelosa a respeito dos efeitos e dos riscos que geralmente o concedente ou a ausência de regulamentação e de cláusulas contratuais precisas geram ao concessionário. Olvida-se, de costume, que a concessão é uma união de esforços e capitais e, portanto, corresponde a uma associação de direitos e interesses correlacionados. Desse modo, se desestabilizado algum aspecto da relação de concessão, e como esta é complexa, afetam-se os demais envolvidos. A respeito, se elevado o risco do concessionário, independentemente do motivo, a tendência é o aumento tarifário ou a diminuição da qualidade do serviço prestado. Até mesmo, o término da concessão, o que, ainda que a longo prazo, prejudica diretamente os usuários do serviço e o concedente e, indiretamente, os potenciais usuários e o interesse geral da Sociedade. Todos – concedente, concessionário, usuários e a Sociedade – têm interesse na efetiva e adequada prestação do serviço público.

4.3. TUTELA À EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO

Extraí-se dos ensinamentos de Caio Tácito que o equilíbrio econômico-financeiro é fundado nos postulados constitucionais da justa remuneração do concessionário e do não confisco da propriedade.

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é uma das principais garantias das concessionárias frente aos diversos riscos aos quais estão sujeitas. Embora prevista nos arts. 37, XXI e 175 da Constituição, bem como em leis infra-constitucionais, a garantia envolve inúmeras dificuldades para ser efetivada.

A princípio, é incomum encontrar uma definição sobre o termo, nem mesmo nos contratos. Além disso, é complicado verificar o equilíbrio pois, em regra, as receitas e as despesas são diferidas no tempo e geralmente parte delas são desconhecidas quando da celebração do contrato.⁶⁷³

Segundo Arnoldo Wald, o equilíbrio econômico-financeiro apresenta características próprias, diferentes aos demais países, por usar dois adjetivos. A

⁶⁷³ Por exemplo, na concessão de serviço precedida de obra a concessionária despende elevado capital para depois obter o retorno e em algumas concessões de serviço não há despêndio inicial, apenas arrecadação, mas em vista a investimentos futuros.

justificativa reside no fato de o econômico, no Brasil, durante certo tempo, não representar o financeiro. Desse modo, o resultado econômico consiste na rentabilidade final do contrato e o aspecto financeiro reflete o dia-a-dia da operação – entradas, saídas, recebimentos e desembolsos.⁶⁷⁴

De modo simplificado, o equilíbrio advém da comparação entre a taxa interna de retorno (TIR) e o custo de capital do projeto, sendo que aquela deve ser maior ou igual a este. Ocorre, porém, que o custo de capital é flutuante conforme as fontes, os valores, a proporção capital próprio e de terceiros, o lapso temporal (*payback*), as mudanças políticas e de governo e os demais riscos em geral. Quanto maiores os riscos do negócio maior é o custo do capital utilizado pela concessionária pois os juros cobrados por terceiros e acionistas são maiores.⁶⁷⁵ Assim, a manutenção ou restabelecimento da TIR não é considerada sinônimo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pois podem ter aumentado os riscos e a TIR é definida antes do início do empreendimento, com base em possíveis riscos previsíveis à época. Se os riscos aumentam, exige-se uma taxa de retorno maior em função do aumento do custo de capital.⁶⁷⁶ Em síntese, existe equilíbrio quando as receitas líquidas geradas puderem cobrir o custo de capital.⁶⁷⁷

Convém ter em vista que a remuneração do concessionário está intimamente relacionada ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Primeiramente porque a forma de remuneração deve estar explícita no edital, na proposta e no contrato, ainda, em havendo modificação, deve ser obedecida a relação original entre encargos e vantagens, a qual deve ser mantida durante a vigência do contrato. A tutela à equação decorre do tradicional princípio que orienta a remuneração: princípio do justo e razoável.

A tutela à equação econômico-financeira será mais intensa quanto maior for a intervenção estatal, em razão disso, ela é mais relevante nos serviços públicos concedidos prestados em regime de monopólio.

Importa considerar que o concedente tem poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares do contrato de concessão e o concessionário, por sua vez, tem de aceitá-la; contudo, é-lhe conferido o direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira, se essa tiver sido afetada. Não obstante, é vedado ao

⁶⁷⁴ WALD, Arnoldo. O controle..., p. 24.

⁶⁷⁵ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Op. cit.*, p. 28-32.

⁶⁷⁶ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 32.

⁶⁷⁷ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 41.

concedente alterar cláusulas econômico-financeiras, e se o fizer, o concessionário pode pleitear a rescisão do contrato ou anulação do ato modificativo.⁶⁷⁸ Não se olvida, contudo, que o concedente pode intervir para alterar as tarifas do serviço público, mas os benefícios tarifários devem ser acompanhados de medidas que mantenham o equilíbrio contratual, a exemplo, conforme dispõe o art. 35 da Lei 9.074/95.

O instituto da equação econômico-financeira teve origem no Direito francês e a diferença entre este e o nosso Direito reside na concentração adotada por nós, eis que todos os eventos aptos a desequilibrar a equação estão compreendidos na teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira com consequências jurídicas equivalentes. Na França, os eventos recebem tratamentos distintos eis que a maioria dos riscos são atribuídos ao concessionário e, quando suportados pelo concedente, tendem a ser repartidos.⁶⁷⁹

O equilíbrio econômico-financeiro traduz uma relação entre encargos e vantagens. Ele abrange, não apenas o montante devido ao particular, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outra vantagem, bem como tudo o que estiver relacionado com os encargos. Equilíbrio econômico-financeiro não significa lucro; este pode ser uma consequência daquele.

Muitas vezes a tutela ao equilíbrio econômico-financeiro é associada aos direitos do concessionário; na prática isso é corriqueiro. Entretanto, a tutela é uma garantia recíproca da Administração contratante e do concessionário, é um princípio regulador que caracteriza o contrato administrativo. Em caso de redução de encargos, deve haver redução de vantagens, sob pena de enriquecimento ilícito do concessionário, bem como, em caso de aumento de encargos deve haver o aumento das vantagens.⁶⁸⁰

O direito de uma das partes à recomposição do equilíbrio decorre da quebra da equação econômico-financeira, que se demonstra com a comparação entre as projeções originais e as atuais para a execução do contrato. Mesmo assim, deve ser comprovada que a quebra deve-se ao aumento de encargos ou à redução de

⁶⁷⁸ OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Id.*, p. 55.

⁶⁷⁹ Conforme foi tratado no item anterior.

⁶⁸⁰ Ressalte-se a tendência, principalmente da “nova” concessão de serviços públicos, que adota formas alternativas de remuneração do concessionário em busca da modicidade tarifária, em adotar o equilíbrio econômico-financeiro dinâmico do contrato, conforme comentado quando se referiu ao modelo de padronização dos custos.

benefícios e que o aumento ou a redução decorrem de eventos extraordinários, imprevisíveis ou de efeitos incalculáveis. Assim, não são eliminados os riscos, a ocorrência de eventos ordinários, decorrentes da álea ordinária a que todo empreendimento se submete, não autorizam a recomposição do equilíbrio. A recomposição só ocorre quando houver eventos extraordinários ou previsíveis de consequências incalculáveis, conforme autoriza o artigo 65, II, d, da Lei 8.666.⁶⁸¹

A Lei de Concessões disciplina o assunto em seu artigo 9º, §§ 2º e 4º e a Lei de Licitações em seu artigo 65, II, d. Também a Lei 9.074/95, em seu artigo 35, dispõe que “a estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

Além disso, o princípio tem sede constitucional, conforme se depreende do artigo 37, XXI⁶⁸² e se relaciona com os seguintes princípios: indisponibilidade do interesse público, que veda à Administração Pública arcar com desembolsos superiores aos necessários à satisfação de suas necessidades. Também não se legitima, em homenagem ao princípio da moralidade, que ela obtenha vantagens econômicas em virtude de eventos imprevisíveis e extraordinários e, se assim não fosse, os valores das propostas seriam elevadíssimos. O equilíbrio econômico-financeiro também decorre do princípio da isonomia, uma vez que nenhuma das partes pode obter vantagens superiores às aquelas previstas em relação aos encargos. Igualmente, estão envolvidos os princípios constitucionais que protegem a propriedade privada, a razoabilidade e a continuidade do contrato administrativo.

Assim, embora seja necessário adotar modelos tarifários aptos a garantir o acesso de todos aos serviços públicos concedidos, esse acesso não pode ser custeado pelo concessionário, muito menos às custas do empreendimento. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro atual permite evitar o sucateamento do serviço para o futuro⁶⁸³, ou seja, evita a solidariedade entre gerações, no sentido

⁶⁸¹ A distinção entre ordinary e extraordinary é difícil em termos teóricos, ela é mais evidente diante do caso concreto. A respeito do tema conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 399-402 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 69-77.

⁶⁸² Ressalta-se que a tutela constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro não se vincula à existência de licitação, as contratações diretas também se submetem ao princípio.

⁶⁸³ “Cabe realizar um esforço de conscientização tanto do poder público quanto dos usuários de rodovia e da sociedade em geral do que está em jogo. Uma preocupação exagerada em garantir o acesso a baixo custo aos serviços de rodovias hoje, através de tarifas de pedágio irrealistas, por

que os futuros usuários sejam prejudicados pela ausência de equilíbrio entre receitas e despesas da atualidade.

Se forem ampliados os custos dos concessionários⁶⁸⁴, em razão da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, os aumentos, provavelmente, serão repassados às tarifas dos usuários, com reflexo direto na modicidade tarifária e no acesso ao serviço, salvo se adotados outros mecanismos de recomposição que não influenciem negativamente as tarifas. O modelo tarifário deve garantir ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou prever formas de recompô-lo, o que enfatiza a relatividade da característica “por conta e risco” da concessão.

4.4 REFLEXÕES ACERCA DOS MODELOS DE REMUNERAÇÃO: TARIFAS MÓDICAS E A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

Na universalização do serviço público é reconhecida a importância da regulação, especialmente quando os particulares atuam no setor. O Brasil, por apresentar aspectos de subdesenvolvimento, “*deve* (conteúdo jurídico) e *pode* (conteúdo econômico) valer-se da regulação, dentro de seus limites próprios, e sem prejuízo de mecanismos de mercado, para promover a universalização do serviço público por meio da execução de políticas de conteúdo redistributivo.”⁶⁸⁵

A Constituição, por atribuir à determinada atividade a qualidade de serviço público, indica reconhecer o caráter essencial e a relevância social de tais atividades, bem como a necessidade de atribuir-lhes um regime jurídico próprio aos

exemplo, pode fazer com que esses serviços se tornem ainda mais caros no futuro.” OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Op. cit.*, p. 86.

⁶⁸⁴ “É sempre útil lembrar que qualquer elevação de qualidade tem custo. A qualidade infinita é coberta por um custo infinito. A qualidade concretamente desejável para o serviço é objeto de uma decisão administrativa que deve ponderar as necessidades sociais, as comodidades sociais, os custos envolvidos e a capacidade (do Poder Público e dos usuários) de cobrir tais custos. Isso tudo considerado, o Poder Público determinará a maior qualidade possível diante do custo suportável. Evidentemente, como os recursos são finitos – mais que finitos, são escassos -, a qualidade jamais poderá ser a ideal, mas a possível. Não há sentido em se formular, simplisticamente, exigência de *qualidade plena* sem a fonte de financiamento correspondente.” PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 228.

⁶⁸⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 69.

serviços públicos, o qual, dentre suas características, deve propiciar o acesso contínuo de todos à atividade qualificada por serviço público, independentemente de condições sociais, culturais, regionais e financeiras para tanto, conforme os princípios da continuidade, universalização e, como decorrência deste, modicidade tarifária. Até porque, se a atividade eleita como serviço público continuasse apenas como atividade econômica, aí sim, o critério de acesso seria, como regra geral, a condição econômica, sem influxos dos princípios próprios aos serviços públicos e de políticas tarifárias redistributivas.

Na esteira do que estabelece o texto constitucional no art. 175, parágrafo único, III, segundo o qual a remuneração pelos serviços públicos não tem como caráter único o aspecto econômico pois deve ser estabelecida por políticas públicas – políticas tarifárias -, nota-se a importância fundamental da regulação das tarifas como instrumento à promoção da universalização dos serviços. Com a inserção de mecanismos de competição na prestação de serviços públicos, a regulação de tarifas objetiva impedir que os preços de mercado afastem a universalização e, portanto, restrinjam ou dificultem o acesso.⁶⁸⁶

Como foi analisado anteriormente, o acesso pode ser considerado em termos gerais de infra-estrutura e enquanto fruição individual, especialmente, mediante adequações do sistema remuneratório. O enfoque ora proposto diz respeito a este último – acesso em termos de fruição⁶⁸⁷. O objetivo é analisar a remuneração do concessionário e como a tarifa é composta para verificar-se possíveis alterações tendentes à modicidade tarifária bem como alternativas tarifárias para a efetivação do acesso.

A universalização é apontada como uma decorrência dos princípios fundamentais da República da solidariedade e da distribuição, previstos no art. 3º, I e III – construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Além disso, a universalização se conforma com os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, art. 1º, II e III, bem como com os princípios fundantes da ordem

⁶⁸⁶ Floriano Marques Neto ressalta que a regulação tarifária é uma parte da política de universalização. *As Políticas...*, p. 81.

⁶⁸⁷ Além de outros dispositivos, o reconhecimento legislativo expresso do direito ao acesso pode ser visto no art. 3º, I, da Lei 9.472/97 (telecomunicações) e no art. 24, IV, e 27, IV, da Lei 10.233/2001 (Transporte e infra-estrutura terrestre e aquaviária), nos quais se ressalta, ainda, a qualidade de usuário dos serviços e não de consumidor.

econômica da justiça social e redução das desigualdades sociais e regionais, previstos no art. 170, *caput* e VII.⁶⁸⁸

Desse modo, a universalização, “verdadeiro imperativo constitucional”⁶⁸⁹, “impõe ao poder público ingerir nas atividades econômicas consideradas serviços públicos de modo a suprir – ou forcejar para que sejam supridas – as necessidades daqueles que, pela simples aplicação da racionalidade econômica, seriam excluídos do acesso a tais utilidades públicas.”⁶⁹⁰

A política pública de universalização requer, pelo menos, três considerações prévias: i) estabelecimento da parcela de beneficiários por política pública e não pelos particulares delegatários, que não seria atendida pelos mecanismos de mercado; ii) fonte de financiamento e a quais parcelas da sociedade deve ser atribuído o ônus e iii) verificar quais medidas deverão ser adotadas de acordo com os objetivos propostos, bem como critérios temporais e gradação.⁶⁹¹

Ressalta Marques Neto que a universalização pressupõe a isonomia em termos elevados, eis que requer tratamento desigual à medida da desigualdade, justamente para se obter a igualdade, em especial, a igualdade de acesso.⁶⁹² A política tarifária de universalização pressupõe tratamento desigual seja na previsão dos beneficiários como na eleição daqueles, sobre os quais recairá o ônus.⁶⁹³

No que se refere aos instrumentos de universalização, estes podem ser representados tanto por obrigações de investimento em segmentos economicamente desinteressantes como por políticas tarifárias que permitam a fruição dos serviços por aqueles que não têm renda suficiente para a remuneração, como modicidade tarifária e adoção de tarifas sociais.⁶⁹⁴

Diogo R. Coutinho aponta para a necessidade de reflexão teórica e aplicação de regimes tarifários condizentes com a universalização.⁶⁹⁵ O autor defende, sob o ponto de vista econômico, um sistema redistributivo de tarifação, no sentido que certos consumidores de serviços essenciais auxiliem o implemento da universalização mediante o pagamento diferenciado, de acordo com a sua renda.

⁶⁸⁸ Conforme leciona MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Políticas...*, p. 78.

⁶⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 82.

⁶⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 78.

⁶⁹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 78-79 e ss.

⁶⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 79.

⁶⁹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 82.

⁶⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 80-81.

⁶⁹⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 81.

Desse modo, a aqueles desprovidos de renda ou de acesso, desde que abrangidos pelas redes, poderiam ser concedidas tarifas reduzidas.⁶⁹⁶

Além disso, Diogo R. Coutinho também destaca o papel das concessionárias na universalização, as quais, sujeitas a regras, poderiam ser incentivadas a investir em universalização como condição de continuidade da concessão. Neste intuito, os ganhos de produtividade e escala e a lucratividade seriam parâmetros indicadores da contribuição para a universalização. Outra medida relevante é apontada na criação de fundos de universalização para o planejamento de investimentos, desde que geridos profissionalmente, fiscalizados e condicionados a sanções em caso de inadimplemento.⁶⁹⁷

A dificuldade para se implementar um sistema tarifário redistributivo não é ignorada pelo autor, bem como a possibilidade do surgimento de inúmeros outros problemas de ordem econômica e jurídica, os quais, contudo, devem ser estudados e sopesados pelos diferentes profissionais envolvidos na regulação, interdisciplinarmente.⁶⁹⁸

A política tarifária, como do contrário não poderia ser, deve respaldar-se nos princípios constitucionais, dentre eles os princípios da ordem econômica de vida digna e redução das desigualdades e, assim, pode apresentar a qualidade redistributivista característica das políticas públicas, a fim de abranger parcela hipossuficiente da população, até mesmo, às custas de outras parcelas.⁶⁹⁹ O destinatário da política de universalização, aquele que recebe a discriminação positiva, não é um consumidor, porque sequer participa de uma relação de consumo, ele “participa de uma relação de provimento de política pública na condição de cidadão-beneficiário.”⁷⁰⁰

Serão analisados modelos e mecanismos, compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de propiciar a modicidade tarifária e motivar a adoção de tarifas isonômicas em vistas à universalização.

⁶⁹⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 82.

⁶⁹⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 82-83.

⁶⁹⁸ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Id.*, p. 83. O autor identifica o problema dos subsídios cruzados, sob o aspecto econômico, no jurídico a discussão entre isonomia e igualdade na aplicação de tarifas diferenciadas, além de as consequências tributárias gerarem discussões de ilegalidade e inconstitucionalidade. Contudo, a discussão não foi comportada no âmbito daquele trabalho e este momento também não se mostra oportuno para tanto.

⁶⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Políticas...*, p. 82.

⁷⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 104.

4.4.1 Modicidade tarifária para universalização

No intuito de viabilizar o acesso ao serviço público, quanto às tarifas, é importante fazer a distinção entre as espécies de modicidade tarifária. Conforme expõe Marçal Justen Filho, a modicidade relativa é representada por uma relação satisfatória entre as vantagens auferidas e as tarifas correspondentes, ou seja, correspondente “à idéia de menor tarifa em face do custo e do menor custo em face da adequação do serviço” e a modicidade absoluta, “se caracteriza quando o valor da tarifa é suficientemente reduzido para permitir aos usuários a efetiva fruição das vantagens correspondentes ao serviço público”, de modo que “a modicidade da tarifa não se confunde com a gratuidade da prestação do serviço público.”

Regina Ferrari, ao considerar a carga de indeterminação própria ao direito, em especial às normas constitucionais, ressalta que termos como “tarifas módicas” devem ser adotados em consonância com princípios, valores e interesses previstos na Constituição para que o intérprete não adote medidas diversas daquelas intencionadas pelo legislador, embora propiciem variados meios de concretização de acordo com o contexto e situação política.⁷⁰¹

Desse modo, cumpre esclarecer que, inicialmente, até mesmo como condição à adequação do serviço público, a tarifa deve ser módica. A modicidade é um princípio decorrente do princípio da generalidade/universalidade pois a tarifa módica é um pressuposto relevante para o acesso aos serviços públicos.⁷⁰² Em vista

⁷⁰¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Tarifas módicas – serviços de qualidade: conceitos jurídicos indeterminados? *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, p. 53-59, 2003, p. 54.

⁷⁰² Verifica-se que o Judiciário tem destacado relevo à modicidade tarifária, em que pese a extensão, conforme se observa da seguinte decisão: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. LEI Nº 8.437/92. MP Nº 2.180-35/2001. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. INTERESSE PÚBLICO. **REAJUSTE/REVISÃO (RECOMPOSIÇÃO) DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FIGURA DO ADMINISTRADO-CLIENTE (CONSUMIDOR). PRINCÍPIOS DA SIMPLICIDADE, DA TRANSPARÊNCIA E DA MODICIDADE DAS TARIFAS. HIPERTROFIA DE FATORES ALEATÓRIOS NA COMPOSIÇÃO DOS PREÇOS. FUGA À EXIGÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM OS CUSTOS. EXPRESSIVIDADE DOS REAJUSTES TARIFÁRIOS ANUAIS ACUMULADOS. CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ELÉTRICA EM INVESTIMENTO SEM RISCOS. INADMISSIBILIDADE. IMPROPRIEDADE DA MAJORAÇÃO ATRELADA À VARIAÇÃO CAMBIAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. Esvaziamento popular. IMPACTO ECONÔMICO E SOCIAL DO REAJUSTE PRETENDIDO.** 1. (...) 2. Competência da Justiça Federal para apreciar e julgar ação popular, por meio da qual se discute o reajustamento tarifário a ser efetivado pela Companhia Energética do Ceará, com fundamento em resolução homologatória da ANEEL, e, portanto, da Presidência desta Corte Regional para apreciar o pedido de suspensão de liminar. Deve-se atentar para o papel desempenhado pela ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE

ENERGIA ELÉTRICA, que não apenas autoriza, mas homologa a alteração da tarifa de energia elétrica, bem como para o fato de que a Resolução Homologatória fixou com acréscimo valor anual da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica - TFSEE em favor da ANEEL, sendo receita sua, nos termos do art. 11, da Lei nº 9.427/96, e do art. 24, do Decreto nº 2.335/97, de modo que cabe à Justiça Federal dirimir as discussões correspondentes, com fundamento no art. 109, I, da CF/88. 3. (...)

4. É manifesto o interesse público envolvido no litígio. Trata-se, o fornecimento de energia elétrica, de serviço essencial, próprio às atividades rotineiras da vida comum, influente de outros setores marcados, de igual modo, pela essencialidade (a saúde, exempli gratia), mas também de caráter estratégico, apresentando-se como um dos elementos componentes do processo produtivo da indústria, do comércio e do setor de serviços, enleando-se às exigências de desenvolvimento local, regional e nacional. A questão atinente à definição do preço das tarifas de energia elétrica, pelo alcance dos efeitos, revela-se como expressão de inegável interesse público, assim como foi reconhecida de interesse público, pelo Superior Tribunal de Justiça, a discussão relativa ao reajuste das tarifas dos serviços de telefonia.

5. No processo de reforma do Estado administrador brasileiro, previu-se, para o setor de produção de serviços, uma postura absenteísta, em termos de ação direta do Estado, a ser compensada, tal ausência, com o incremento das demais funções, aferíveis a partir da leitura do art. 174, da CF/88. Assim, ao mesmo tempo em que se estabeleceram como diretrizes do programa de reformulação estatal a redutibilidade, a privatização, a desestatização e a desmonopolização, de outro lado, concebeu-se a instalação de agências reguladoras - autarquias, sob regime especial, disciplinadoras e controladoras dos serviços não executados diretamente pelo Estado -, como forma de coibição de exorbitâncias e de proteção mesmo dos destinatários desses serviços. Por certo que o novo perfil de Estado traduz-se pelo aprimoramento de suas funções ordenadoras, que ganham importância na medida em que o ente estatal se afasta do papel de agente das atividades reguladas.

6. Indissociabilidade entre regulação e proteção do consumidor, existindo, a atividade reguladora e o exercício do poder de polícia decorrente do regulador, em função da necessidade de evitar os abusos do poder econômico e de atuar no interesse direto dos usuários frente às reguladas, realçando-se que, entre administrado e prestador do serviço público concedido, permitido ou autorizado, se efetiva relação de consumo.

7. A preocupação com o administrado-cliente é ostensivamente imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontrando amparo inclusive no Texto Constitucional. Além de ser preceito-guia da ordem econômica, a proteção ao consumidor é detalhada em legislação específica, que impõe, dentre outros direitos, seja o consumidor plenamente esclarecido quanto aos preços dos serviços que adquire. No campo da Administração Pública, particularmente, enfatiza-se a necessidade de participação do usuário no acompanhamento da prestação dos serviços públicos de que é destinatário. A previsão de execução de serviços públicos por terceiros que não o ente estatal, viabilizada através das concessões e permissões, é acompanhada de determinação legal no sentido de que aos usuários seja garantido serviço adequado, conceituado, pelo próprio legislador, como o que se executa em respeito aos princípios da generalidade (serviço para todos), da continuidade (serviço perene), da eficiência (serviço qualitativa e quantitativamente ótimo), da cortesia (serviço humanizado) e da modicidade (serviço pelo qual se cobram preços razoáveis). Em se tratando de prestação de serviços de energia elétrica, cuja fiscalização e controle compete à ANEEL, estabeleceu a legislação que a atuação do agente regulador deve se dar em benefício da sociedade e em atenção às necessidades dos usuários. Das normas de regência avultam três diretrizes de atuação, quais sejam simplicidade, modicidade de tarifas e transparência, que exprimem as exigências no sentido da prática de preços moderados e na plena informação do consumidor, a partir das garantias de compreensibilidade e de acesso.

8. A atividade de regulação e, especificamente, a atuação das agências reguladoras, têm se pautado, na contramão, mais por pendores de natureza econômica, olvidando o aspecto social que lhes é imanente. Ocorre a captura do ente regulador, quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos.

9. A discricionariedade de atuação das agências reguladoras não pode ser admitida com força a se converter em abuso de direito. Embora tenham elas amplo espaço de decisão, tal campo não pode ser dimensionado a ponto de comprometer exatamente os interesses a resguardar. Isso resvala para a questão dos preços. **Nem as concessionárias têm irrestrita liberdade tarifária, nem as**

autoridades administrativas podem associar-se na fixação de preços excessivos. Não é nem mesmo necessário que esse preço reflita exclusivamente os valores de mercado, devendo ser considerados os outros elementos embutidos essencialmente na noção de serviço público, que diferenciam o regime jurídico aplicável.

10. A majoração de preços, in casu, está no bojo de um reajuste, acrescido de uma Recomposição Tarifária Extraordinária - RTE, configurando-se uma revisão não ordinária. Por conseguinte, não se trata de simples reajustamento de tarifas.

11. A simplicidade e a transparência prometidas aos usuários são apenas aparentes ou, de outro modo, são apregoadas tão-somente no discurso, não encontrando concretização na realidade dos fatos. A tecnicidade não explicada, a multiplicidade de conceitos sem concreção, por nitidamente voláteis, cambiáveis ou insuscetíveis de quantificação certa, contrastam com a constante repetição da expressão modicidade de tarifas, uma das únicas de pronta percepção. Na relação jurídica em análise, está embutido preço de difícil controle, haja vista a hipertrofia de fatores aleatórios.

12. Integram a composição do preço, segundo contrato, os custos gerenciáveis e os custos não gerenciáveis. Os custos gerenciáveis - denominados Parcela B - incluem distribuição de energia, manutenção da rede, cobrança de contas, instalação de centrais de atendimento, serviços de terceiros, remuneração de investimentos de expansão. Os custos não gerenciáveis - designados de Parcela A - referem-se aos serviços de geração e transmissão de energia, contratados pela distribuidora, e ao pagamento de obrigações setoriais. Além dessas parcelas, prevê-se o Fator X, inserido também na fórmula de composição do preço, que repassa aos consumidores os ganhos esperados de produtividade das distribuidoras. É evidente, pois, que algumas variáveis apontadas como influentes da definição do preço não são, em verdade, componentes de custo, gerando, a partir de sua consideração, preços superestimados. É o caso dos ganhos de produtividade. De igual modo, não é possível estabelecer comparações, para fins de adoção de paradigmas, entre realidades discrepantes, o que resulta em mais uma fuga à correlação de custos.

13. Em nota técnica da ANEEL, ficou registrado que, de 1999 a 2002, a concessionária perfez 70,9% de reajustes tarifários anuais acumulados. Acrescendo-se, a esse número, o percentual atualmente pretendido pela requerente, chegar-se-ia a um patamar próprio de investimentos sem qualquer tipo de risco, não sendo esse o escopo da delegação do serviço público essencial, nem exigível em desfavor do usuário em qualquer tipo de negócio.

14. Não encontra sustentação o argumento de que a majoração das tarifas de energia elétrica se imporia em vista da variação cambial. A razão é simples. Se, no início da gestão do atual Governo Federal, o dólar alcançava o valor aproximado de quatro reais, a moeda americana, hoje, está estimada em, aproximadamente, dois reais e cinquenta centavos. Assim, se alguma modificação do valor da tarifa devesse se efetivar, tal alteração seria no sentido da redução e não no aumento.

15. A importância das audiências públicas reside exatamente em dar oportunidade a que os consumidores possam ser informados, com especificidade, sobre todas as questões de seu interesse, uma das quais, sem dúvida, é a relativa ao custo (o que inclui a forma de composição desse valor) dos serviços que lhes são prestados. Além disso, abre espaço a que os usuários possam formular requerimentos e apresentar propostas, o que concretizaria a real noção de participação, idéia que está no alicerce do novo modelo de Administração Pública de que se fala. Entretanto, o que se tem constatado é que as audiências públicas se converteram em mera formalidade, esvaziadas por falta de integração popular, derivada essa, de seu lado, pelos baixos níveis educacionais e pela ausência de esclarecimento por parte do Poder Público. Os ditos representantes da sociedade civil que comparecem a esses atos públicos fazem presentes, em verdade, apenas determinadas categorias, com interesses particularizados, caracterizando-se um déficit democrático de graves consequências.

16. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato não tem que ser uniforme durante toda a execução da relação contratual, desde que ao término do negócio jurídico se garanta a equilibração, sendo essa a razão pela qual se prevê a figura do resíduo.

17. A majoração da tarifa de energia elétrica, no percentual pretendido pela concessionária requerente, afetará em grande medida a economia do Estado do Ceará, organizada, especialmente, como indústria têxtil e setor hoteleiro. Além do impacto econômico, a sociedade em geral será prejudicada, reduzindo para muitos a possibilidade de fazer uso da energia elétrica em níveis suficientes de dignidade e ocasionando exclusão elétrica.

18. Precedente do Pleno desta Corte Regional (SL 3570/CE, j. em 08.06.2005, publ. em DJ de 14.06.2005).

19. Pelo não provimento do agravo." (TRF5, Presidência, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, ARSLAP – Agravo regimental em suspensão de liminar em ação civil pública, 20050500016192501, CE, j. 06/07/2005, unânime, DJ de 12/07/2005, p. 363). (grifou-se)

disso, neste momento passam a ser analisados alguns mecanismos que prejudicam a modicidade e outros que poderiam propiciar tarifas módicas.

É essencial ter cautela para que medidas, cujo intuito seja ampliar o acesso, tornem-no impossível por ausência de serviço. Ademais, a própria modicidade tarifária, por tender a diminuir o componente da tarifa para ampliação, manutenção e atualização do serviço, pode vir a ser um óbice à universalização.⁷⁰³

Existe uma tendência a considerar, *a priori*, “que a fixação das tarifas obedeceria a uma estrita avaliação do custo e consumo. Poderia supor-se que a determinação das tarifas far-se-ia pela repartição do custo total do serviço entre os usuários, segundo a dimensão do consumo individual,”⁷⁰⁴ contudo, não é o que ocorre. A maior parte dos países e o Brasil adotaram como critério de tarifação o custo médio, o qual abrange os custos da prestação, a amortização do capital investido no empreendimento e a remuneração do concessionário. Desse modo, os usuários pagam mais que o custo da utilidade que consomem.⁷⁰⁵

A tarifa segundo o custo médio, embora possibilite a identificação dos lucros dos concessionários, não é a menor tarifa possível. Ela não assegura a ampliação da eficiência, a redução de custos nem a obtenção do melhor resultado⁷⁰⁶. Pelo contrário, esta tarifa tende a incentivar a ineficiência e a transferir para o usuário os custos excessivos e desnecessários e demais consequências negativas decorrentes da má atuação do concessionário.⁷⁰⁷

Alguns países, para evitar os problemas da tarifa pelo custo médio, utilizam a padronização de custos, estabelecendo valores presumivelmente necessários para

⁷⁰³ Interessante a observação de Miriam Mabel Ivanega “Si los precios de los servicios se mantienen bajos, el beneficiario a corto plazo es el usuario en detrimento del inversor, pero a mediano plazo el usuario también se verá perjudicado por la falta de inversiones. Por el contrario, en caso de incrementarse abusivamente los precios o si se recortan las inversiones, los accionistas aumentarán sus beneficios pero en perjuicio de la calidad del servicio y del usuario. Es por ello, que resulta necesario el equilibrio económico de los intereses en juego.” *Op. cit.*, p. 64.

⁷⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões...*, p. 163.

⁷⁰⁵ Importante consignar que os autores Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar consideram que a Lei 8.987 modificou o critério tradicional de remuneração do concessionário da tarifa pelo custo do serviço para o novo critério do preço definido na licitação, pois o valor da tarifa será aquele resultante da proposta vencedora, o que também ocorre quando o poder concedente define o valor da tarifa no edital de licitação. AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38.

⁷⁰⁶ De acordo com Mescheriakoff, o princípio da igualdade influencia na adoção do modelo tarifário, pois se o princípio for focado sob o aspecto coletivo, adota-se a tarifa pelo custo médio, na qual todos pagam o mesmo. Se considerado em termos individuais, deve-se adotar o custo marginal para que cada usuário pague o custo adicional que originou. MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Op. cit.*, p. 166.

⁷⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 356-358.

a cobertura dos custos. Assim, se o concessionário otimiza seus serviços, auferir um lucro adicional, o que demonstra a possibilidade de ampliação da eficiência econômica pela tarifa, sem intervenção do mercado. O modelo da padronização veio a permitir ao concessionário o aumento de lucro, assegurada a revisão das tarifas em havendo despesas que lhe afetem, desde que desligadas de sua interferência, e a transferência dos ganhos de eficiência ao usuário – compartilhamento dos benefícios entre concessionário e usuários.⁷⁰⁸

A padronização trabalha com a idéia de equação econômico-financeira dinâmica em que a proposta inicial contém uma estimativa genérica e os resultados a acompanham, sem necessidade de compatibilidade exata, desde que o ato convocatório tenha previsto tal dinamismo.

A partir da privatização do sistema elétrico inglês foi adotada outra hipótese de sistema remuneratório, denominado por IPC-X e aprimorado para IPC-X+Y, modelo no qual se estabelece uma tarifa inicial para cobrir os custos e, posteriormente, incide um deflator que vai estimular a eficiência econômica do empreendimento e, no modelo IPC-X+Y, prevê-se um índice de reajuste para fazer frente às despesas.⁷⁰⁹ Os modelos permitem redução tarifária e, inclusive, maior lucratividade ao empreendedor, mas têm como obstáculo a necessidade de uma concepção mais dinâmica e flexível da equação econômico-financeira, o que torna o modelo ainda um pouco distante da nossa realidade.⁷¹⁰

Outra alternativa ao custo médio é a adoção do modelo pelo custo marginal. O custo marginal do serviço corresponde ao montante necessário a produzir uma unidade a mais ou uma unidade a menos. O usuário paga o valor correspondente ao custo direto.⁷¹¹

⁷⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 358-360.

⁷⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 359-361.

⁷¹⁰ No entanto, é possível observar que o modelo IPC-X+Y é adotado entre nós, conforme se depreende de um parecer elaborado por Arnaldo Wald para uma distribuidora de energia elétrica: “Para ampliar a proteção ao consumidor, contudo, o contrato introduziu ainda outro elemento na fórmula do reajuste tarifário: o denominado fator X. Tal fator X, supõe-se, corresponde a um índice de produtividade (isto é, de redução de custos e ampliação de eficiência) imposto pelo Poder Concedente aos concessionários. Como tal índice é compensado (isto é, somado ou subtraído) no percentual de inflação medido pelo IGPM, o seu não-atingimento implica para o concessionário a perda de parcela da correção monetária e, portanto, a sua não-reposição integral. Tais metas de produtividade mínima impostas aos concessionários operam, portanto, no sentido de reduzir o percentual de reajuste tarifário, mediante o compartilhamento de ganhos de produtividade entre os concessionários e o “consumidor” ou, em termos mais rigorosos, o usuário dos serviços.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 381-382.

⁷¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 353-356.

Ocorre que a adoção desse modelo é difícil em regime de monopólio. Sem dúvida, a tarifa, segundo o custo marginal, constitui uma grande vantagem para os usuários, mas contrapõe um prejuízo permanente e inevitável ao concessionário. A multiplicação da produção reduz o custo marginal, mas aumenta as perdas do concessionário. Ele nunca receberá valor suficiente para cobrir os custos do empreendimento, por isso, com esse modelo, é inevitável o insucesso do empreendimento. As alternativas que se apresentam são: receitas diversas das tarifas, subsídio estatal para cobrir os custos do empreendimento⁷¹² e subsídio interno com a utilização de tarifas mínimas.

As tarifas mínimas significam tarifas mais elevadas pelo consumo das unidades iniciais. Elas se destinam a compensar o desembolso com a infra-estrutura e, à medida que se eleva o consumo, a tarifa passa a ser progressivamente menos onerosa. Seria como se as unidades iniciais fossem remuneradas pelo modelo do custo médio e, após amortizado o investimento, as unidades posteriores funcionassem segundo o modelo do custo marginal. Desse modo, o modelo da tarifa mínima permite redução tarifária ao longo da concessão.

No entanto, sob o enfoque da efetivação do acesso aos serviços públicos, não permite a universalização do serviço aos mais necessitados. Seria razoável que os menos favorecidos em termos econômicos fossem agraciados com a tarifa segundo o custo marginal, ou seja, correspondente ao valor da unidade consumida, e os demais usuários se responsabilizassem pelo custo médio, o qual considera os investimentos. Em regra, os menos favorecidos, usufruem em menor quantidade os vários serviços públicos concedidos, como água e energia elétrica⁷¹³. Assim, cobrar mais de quem usa menos, pode não ser a melhor solução. Inclusive, é cada vez mais comum a adoção de tarifas diferenciadas, a menor, para aqueles que consomem pouco.

Também é possível incentivar o maior consumo mediante a cobrança de tarifas segundo o custo marginal; assim, quanto mais se usa, menos se paga pela unidade consumida. Desse modo, utilizando-se o custo médio, mediante tarifas

⁷¹² O subsídio estatal ainda será tratado no item seguinte.

⁷¹³ Conforme dados do IBGE, os quais registram o fato de a população mais carente residir, com mais intensidade, nas regiões Norte e Nordeste, as quais representam os menores índices de acesso aos serviços públicos, conforme a Síntese de indicadores sociais 2006 do IBGE. www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2006/indic_sociais2006.pdf, p. 133-151. Acesso em: 16 fev. 2007.

mínimas para retirar investimentos, é possível que a tarifa proveniente do maior uso, pelo custo marginal, auxilie na modicidade tarifária.

Ainda, em virtude da evolução tecnológica e das concepções de exploração econômica, tem-se a racionalização e o aperfeiçoamento da atividade econômica, que se exemplifica com a intensificação da exploração econômica não apenas do objeto econômico – atividade principal, mas também em relação a outras oportunidades acessórias aptas a produzir receitas não operacionais, que consiste na integração de atividades inter-relacionadas. Ocorre a otimização da atividade com a exploração de todas as alternativas aptas a propiciar o aumento de receitas e a racionalização das despesas.

Essa racionalização e otimização são próprias da iniciativa privada, mas devem ser utilizadas nas concessões de serviço público, pois podem gerar uma importante fonte de lucro a beneficiar toda a comunidade com serviços de qualidade e tarifas módicas.⁷¹⁴

A remuneração do concessionário, em razão do instituto das concessões, deve ser proveniente da exploração do serviço concedido, ainda que não exclusivamente dos usuários pois, do contrário, representa outras modalidades de contratação. Admitem-se, contudo, as receitas diversas da tarifa por não excluírem absolutamente os resultados provenientes da exploração e por viabilizarem a modicidade tarifária. É por propiciar tarifas módicas e, com isso, o acesso ao serviço concedido que as receitas paralelas devem ser implementadas sempre que possível. A importância dessas receitas é ainda maior quando a concessão também envolve a realização de obra pública pois o repasse integral do seu custo às tarifas inviabiliza o pagamento pelo usuário do serviço. Ademais, as receitas possibilitam a diminuição da contrapartida estatal nos custos das obras e, eventualmente, da prestação dos serviços.

Exemplos são: publicidade em rodovias, em metrô e ônibus; compartilhamento ex: a utilização da infra-estrutura de distribuição de energia elétrica para transmissão de sinal de TV a cabo ou para a telefonia, também a utilização da faixa de domínio das concessionárias de rodovia para a passagem de

⁷¹⁴ Marçal Justen Filho ressalta o dever de aproveitamento de todas as oportunidades para benefício da comunidade. A Administração não pode ignorar as oportunidades que permitiriam a redução das tarifas. "Logo e sempre que estiverem presentes circunstâncias propiciando obtenção de outras receitas, a Administração terá o dever de aproveitar outras oportunidades." JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões...*, p. 159.

cabos de fibra ótica; exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública para a instalação de shopping centers, sanitários, conveniências, postos de gasolina e outros.⁷¹⁵ O potencial da publicidade é extraordinário para o custeio de atividades, conforme se observa a partir da sua utilização em canais de televisão e rádio, uma vez que os ouvintes e telespectadores têm acesso sem contraprestação.

Para o particular explorar outras atividades, de algum modo relacionadas à concessão,⁷¹⁶ é necessário que o edital tenha previsto essa opção, conforme dispõem os artigos 11 e 18, VI, da Lei de Concessões, a fim de que todos os proponentes formulem suas propostas tendo em vista, não apenas o serviço público a ser prestado, mas também as demais atividades. Contudo, é perfeitamente possível que durante o prazo da concessão surjam novas atividades passíveis de exploração, desconhecidas no momento da outorga e, o fato de não estarem previstas não impede que o concessionário passe a valer-se delas. Mas, embora não previstas, tais atividades, se exploradas, passam a integrar a equação econômico-financeira.

As receitas provenientes dessas atividades podem ser acessórias, alternativas, complementares ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, e, por comporem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que permite tarifas reduzidas.

As receitas alternativas se referem a uma exploração econômica alternativa à concessão. Não envolve o desenvolvimento de outras utilidades nem a ampliação do objeto da concessão, mas sim receitas alternativas, que substituem a tarifa. A remuneração é alternativa à convencional, por exemplo, a exploração de *outdoors* publicitários às margens de rodovias em substituição às tarifas. A substituição da tarifa por outra remuneração não descaracteriza a concessão desde que o concessionário se remunere por receitas decorrentes da exploração da atividade,

⁷¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello comenta que as receitas podem advir do “direito de exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública (para instalação de *shopping centers*, supermercados, postos de gasolina, estacionamentos de automóveis, galerias, lojas etc.)” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 705.

⁷¹⁶ “O art. 11 abrange atividades econômicas relacionadas com o objeto da concessão. Essas atividades serão consideradas *relacionadas ao objeto da concessão* quando seu desempenho ou pressupuser a concessão ou for incrementado por ela.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 372. Ainda, o mesmo autor considerar haver vínculo econômico entre o objeto da concessão e as outras fontes de receita. Ocorre, normalmente, uma ampliação do vínculo jurídico no sentido de ampliar a exploração empresarial. Trata-se da exploração de oportunidades marginais ao objeto da concessão. JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões...*, p. 159.

ainda que não oriundas dos usuários do serviço.⁷¹⁷ A atividade acessória, por sua vez, é aquela que pode ser suprimida sem afetar o objeto da concessão, mas aquela depende desta.

Os projetos associados envolvem maior complexidade, no sentido que a concessão é inserida em um conjunto de empreendimentos e são mais comuns nas concessões que envolvem obras públicas.⁷¹⁸

Essencial esclarecer que as atividades conexas exploradas pelo concessionário, quando geram lucro, integram a equação econômico-financeira, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 11 da Lei de Concessões.⁷¹⁹ Assim, todas as atividades conexas vinculam-se, economicamente, à prestação do serviço público, mas não compartilham o mesmo conceito e regime. Elas são conexas ao serviço público por servirem-se da sua infra-estrutura, por surgirem a partir desta estrutura. Tais atividades não se enquadram no regime jurídico do serviço público, são econômicas em sentido estrito, não se vinculam direta e imediatamente à satisfação de uma necessidade essencial. Entretanto, elas possuem a peculiaridade de restringir outros possíveis exploradores, atribuindo vantagem ao concessionário, titular do direito de exploração; portanto, sem ferir a livre iniciativa.

É dever do concessionário explorar as atividades conexas ao serviço público, pois, embora sejam atividades privadas, as receitas originadas são publicizadas, o que satisfaz o interesse público.⁷²⁰ Por essa razão, é dever do concedente, frente ao imperativo da modicidade tarifária, determinar ao concessionário a exploração de atividades que permitam a alocação eficiente de recursos para a redução das tarifas, de acordo com as características de cada atividade.

Ainda, com o intuito de incentivar a exploração de outras atividades a fim de viabilizar a modicidade tarifária, o concedente poderia estabelecer a reversão de um

⁷¹⁷ CARVALHO, Leandro Saboia Rinaldi. *Receitas alternativas, complementares e acessórias*. In: SOUTO, Marcos Jurueña Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 683-691, p. 686.

⁷¹⁸ Marçal Justen Filho exemplifica com o caso da construção do Metrô de Madrid, no qual a iniciativa privada custeou a sua implantação em troca da exploração de áreas adjacentes, após o término da obra. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral...*, p. 373, nota 48. Entre nós, também seria possível adotar para metrô, terminais de ônibus e rodoviárias, por exemplo.

⁷¹⁹ Especialmente em razão do disposto no artigo 42 da Constituição Argentina, artigo que constitucionalizou os direitos dos usuários de serviços públicos, Jorge Luis Salomoni e Agustín Gordillo entendem que o aumento da lucratividade do concessionário exige a devolução imediata do benefício através do desconto na tarifa. Conferir: SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos...*, p. 389-393. GORDILLO, Agustín. *Tratado...*, VI-26-28.

⁷²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 370.

determinado percentual dos lucros auferidos com tais atividades para as tarifas, ou seja, em benefício dos usuários. O restante, desde que devidamente computado o percentual destinado à modicidade, poderia servir de incentivo e compensação econômica ao concessionário pelos ganhos de eficiência.

O edital licitatório pode prever tarifas inferiores ao efetivo custo do serviço e computar, para compensar a diferença, estimativas de lucro com a ser auferido com a exploração de outras atividades. Se o concessionário vier a superar o lucro previsto, como recompensa à sua eficiência, poderia ser autorizado a receber o proveito obtido além daquele destinado às tarifas. Contudo, do mesmo modo, deve manter o valor das tarifas, previsto em edital, mesmo se não auferir o lucro mínimo presumido para a tarifa contemplada no edital. Essa hipótese envolve, conforme se observa, uma noção de equilíbrio econômico-financeiro mais flexível.

A tarifa cobrada dos usuários, nos termos dos princípios fundamentais da Ordem Social, não deve ser a única fonte de remuneração do concessionário, assim, as fontes alternativas de receitas, previstas na Lei de Concessões, são essenciais à modicidade tarifária.⁷²¹

A Constituição, ao referir-se ao estabelecimento de uma “política tarifária” recomenda que a tarifa não é o modo exclusivo de remuneração pelo serviço prestado.⁷²² O concedente pode adotar forma diversa da tarifa para remunerar o concessionário, até mesmo o pagamento pelo Poder Público dos serviços prestados ou a concessão de direito real de uso, de acordo com o interesse público e o princípio da moralidade.⁷²³ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que “o pagamento em dinheiro ou o direito de perceber tarifas dos usuários não são as únicas modalidades de compensação econômica ofertáveis pelo Poder Público aos eventuais empreendedores.” O autor demonstra ser possível realizar, conservar ou reparar obras públicas “a custo zero” utilizando-se parcela do patrimônio imobiliário estatal, não destinado ao uso comum ou especial, para concessão de uso, de direito real de uso, aforamento ou para alienação como forma de pagamento por obras públicas.⁷²⁴

⁷²¹ MALERBI, Diva Prestes Marcondes. O Equilíbrio econômico e financeiro no contrato de concessão. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu, 8 e 9 de junho de 2001, p. 105.

⁷²² É o que se extrai de MALERBI, Diva Prestes Marcondes. *Op. cit.*, p. 105.

⁷²³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 33.

⁷²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra pública a custo zero. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.3, p. 32-41, 1993, p. 33 e 41.

Outro aspecto relevante a ser considerado em relação à modicidade tarifária é a apropriação estatal da riqueza privada. Ela ocasiona redistribuição externa de riqueza, que pode ocorrer quando a licitação é submetida ao critério de maior oferta ou quando o poder concedente participa dos resultados da exploração. Em ambos os casos, a tarifa cobrada do usuário incorpora verbas destinadas ao poder concedente, ou seja, que não dizem respeito ao custeio do serviço. Na acepção de Marçal Justen Filho, é uma função anômala da tarifa. Essa prática, sem dúvida acarreta em valor mais elevado das tarifas. Trata-se de uma forma indireta, não sujeita ao regime tributário, de arrecadação do Estado. É o particular, independentemente de sua capacidade contributiva, financiando os cofres públicos de acordo com a quantidade de utilização e fruição de serviços para satisfação de necessidades essenciais.

Marçal Justen Filho comenta que na experiência brasileira em poucas situações é adotado o critério da menor tarifa pois tem sido utilizado o de maior lance, ainda que combinado. Disso resulta a insatisfação dos usuários contra tarifas onerosas. O autor relata que a maioria dos usuários é favorável às concessões, mas não aprova as tarifas, as quais, principalmente por resultarem de licitação de maior oferta, são mais elevadas que o necessário.⁷²⁵ Diante da Constituição, o critério de julgamento mais apropriado é o da menor tarifa por reportar menos ônus aos usuários. E, desse modo, Justen Filho defende que a adoção de outro critério depende de autorização legislativa específica, vale dizer, a autorização legislativa genérica autoriza apenas a licitação por menor tarifa.⁷²⁶

Essa modalidade de arrecadação estatal é admitida se houver lei autorizando tal prática, entretanto, deve ser levado em consideração que o custeio das funções de Estado competem à sociedade. Onerar usuários de serviços públicos com tal custeio pode não ser uma medida adequada, ainda mais se for

⁷²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 260. A Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul, mediante pesquisa realizada em 2005, constatou estarem os usuários satisfeitos com a concessão de serviços de energia elétrica. Não obstante, a grande maioria considera a tarifa cara ou muito cara – 36% dos respondentes consideraram muito cara, 39% cara, 23% razoável, 1% barata e 1% muito barata. Disponível em:

http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/pesquisa_usuario_voluntario/2005/rel_energia_2005.pdf, p. 33 e 35. Acesso em: 25 fev. 2007. A pesquisa também constatou insatisfação dos usuários com o valor das tarifas de água – 31% consideram muito cara, 33% cara, 32% razoável, 1% barata e 1% muito barata. Disponível em:

http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/pesquisa_usuario_voluntario/2005/rel_sanea_2005.pdf, p. 31-32. Acesso em 25 fev. 2007.

⁷²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 261.

levado em consideração que a fruição dos serviços públicos está atrelada à satisfação de necessidades essenciais e à dignidade da pessoa humana e, por conta das tarifas cobradas, muitas pessoas são excluídas da utilização dos serviços públicos concedidos ou os utilizam aquém de suas necessidades.

Se o Estado se desincumbiu da prestação direta dos serviços e, a remuneração destes, em razão da concessão, é feita pelos usuários, não há razão para o Estado, além de não prestar, delegar e não custear, receber por isso às custas dos usuários do serviço público. A participação do Estado dificulta o acesso aos serviços por representar maior onerosidade às tarifas. Ainda, como relembra Bandeira de Mello, ao contrário dos particulares, “o Poder Público não tem móvel de lucro, de ganho, de especulação. Seu móvel é apenas e tão-somente a utilidade pública.”⁷²⁷

A abstenção do Estado em obter receitas com a concessão de serviços públicos é uma das medidas que pode ser implementada com vistas à garantia do acesso de todos aos serviços públicos concedidos.

Paulo Motta ressalta, como consequência do julgamento pela maior oferta, o afastamento da universalização dos serviços e segundo o autor

Reside aí [no critério de maior preço pelo arrematante], por certo, a explicação primeira, lamentavelmente não a última, pela qual as tarifas, no Brasil, são extremamente altas, desarrazoadas, muito embora o quadro regulatório até consiga materializar uma universalização formal. Impede, no entanto, a verdadeira e única universalização que está conforme a Constituição, qual seja, a material.⁷²⁸

Outra prática que pode aumentar indevidamente as tarifas é o compartilhamento utilizado de modo equivocado. Paulo Motta registra a tendência de ser utilizado no compartilhamento o critério do “custo evitado”, segundo o qual o detentor da rede cobra da empresa que a utiliza para a prestação de seus serviços parte dos custos que esta evitou por não ter construído a rede.

O aumento desnecessário das tarifas e, portanto, o prejuízo à modicidade tarifária e à universalização, é facilmente depreendido da seguinte hipótese elaborada por Paulo Motta

Uma empresa distribuidora de energia elétrica ao compartilhar a sua estrutura, notadamente postes, para uma empresa operadora de telecomunicações, cobra da mesma

⁷²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 614.

⁷²⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 171.

uma quantia mensal, pelo aluguel de cada poste compartilhado. Evidente que, a empresa operadora de telecomunicações retira o valor deste aluguel, até porque outra fórmula legal não encontraria, das tarifas que pratica. (...) [Destarte] o usuário do serviço de telefonia tem, em alguns centavos, ou fração de centavos, um aumento na sua conta mensal para que a operadora de telefonia do qual é assinante pague os valores requeridos pelo compartilhamento à empresa de energia elétrica. Ocorre que, este mesmo usuário de telefonia, independente da empresa da qual seja assinante, é, ao mesmo tempo, usuário da mesma empresa de distribuição de energia elétrica, e não tem, na sua conta, o abatimento dos centavos, ou da fração de centavos que pagou numa ponta.⁷²⁹

O exemplo apresentado, que não se dissocia da prática, representa a oneração do usuário em dois serviços e o favorecimento à empresa detentora da rede, em verdadeiro óbice à modicidade e universalização dos serviços. Necessária a previsão no contrato do contido no art. 11 da Lei 8.987/95 para que a detentora da rede direcione os recursos do compartilhamento – receita acessória - à prestação dos serviços a fim de se reduzir a tarifa.⁷³⁰

Ainda, de acordo com Motta, “qualquer critério de fixação de preços não pode ter como base o custo de construção da rede, mas sim, apenas, e exclusivamente, a parcela do *quantum* necessário à manutenção da mesma. Fora disso não há qualquer lógica minimamente aceitável.”⁷³¹ O compartilhamento é um modo viável de reduzir as tarifas, eis que permite o uso de uma mesma infraestrutura por mais de uma atividade, mas deve ser utilizado para facilitar o acesso aos serviços e não para representar maior onerosidade ao usuário.

A tarifa também é aumentada pela desnecessária cobrança municipal,⁷³² às prestadoras de serviços, pelo uso dos bens públicos, que, por óbvio, recai sobre os usuários dos serviços, também contribuintes municipais. Este mecanismo de aumento tarifário imposto pelos municípios é absolutamente inconstitucional por criar obstáculos à universalização material, conforme alerta Paulo Motta.⁷³³ Eduardo Rocha Dias afirma que não é cabível “cobrar preço ou qualquer remuneração quando o bem público estiver sendo utilizado na prestação de um serviço público, em relação ao qual não tem o particular liberdade de agir, sujeitando-se à supremacia do interesse coletivo.”⁷³⁴

⁷²⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 209-210.

⁷³⁰ Conforme se extrai de MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 208-211.

⁷³¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 208.

⁷³² É o caso, por exemplo, do Município de Curitiba, por intermédio do Decreto nº 327/2001.

⁷³³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 213.

⁷³⁴ DIAS, Eduardo Rocha. A Cobrança pela outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n.6, p. 43-66, abr/jun. 2004, p. 62-63. O autor esclarece que na prestação de serviços públicos o Poder Público não pode cobrar preço do particular que utiliza um bem da coletividade para prestar

O aumento tarifário causado pelos municípios é mais uma dificuldade apresentada à universalização material e uma violação à função social da cidade e da propriedade.⁷³⁵ Em evidente desrespeito à Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – que disciplina a função social da propriedade, por dificultar a urbanização e a sustentabilidade das cidades, em especial aos artigos 2º, 3º e 39, os quais asseguram a universalização material dos serviços públicos, conforme assevera Paulo Motta.⁷³⁶

Na acepção de Motta uma política que encarece a tarifa não é considerada como cumpridora da função social da propriedade, ainda mais que, por variados artifícios, são embutidos nas tarifas diversos valores não relacionados à universalização material. Reprimir tarifas abusivas e cobrar tarifas justas é garantia de cumprimento do interesse público.

A cobrança municipal pela utilização de bens públicos por prestadoras de serviços atende, apenas, ao denominado interesse público secundário da Administração em obter recursos financeiros e não ao interesse público, consubstanciado na prestação universal, em prejuízo, inclusive, do direito fundamental de acesso ao serviço público.

Paulo Motta, ao cabo da análise de diversos fatores e custos que agravam a universalização dos serviços públicos, conclui que se o indivíduo tiver que arcar com todos os custos cobrados pelas municipalidades no que se refere, por exemplo, à água, esgoto, luz, telefonia, é possível afirmar que “o carente, para ser cidadão pleno, ao final do processo, deve pagar valores, que se pagos forem, o transformam

serviços públicos, conforme decidiu o STJ. Entende que só pode ser cobrado preço quando se exerce atividade econômica privada. Ainda, o Poder Público não pode cobrar uma taxa, pois descabe falar em poder polícia, já que a atividade tem como titular o Estado. Assim, a cobrança do Estado sobre a prestação do serviço concedido ou para a outorga, só pode ser considerada como encargo, que não pode ser excessivo ou desproporcional a ponto de prejudicar os consumidores ou ameaçar a sobrevivência do concessionário. Qualquer outra cobrança não encontra amparo legal e configura imposto disfarçado, esclarece o autor.

⁷³⁵ As “prestadoras de serviços públicos, enquanto empresas estatais, jamais pagaram qualquer taxa (ou denominação fiscal assemelhada) pelo uso de bens públicos, quer municipais, estaduais ou federais, mesmo que fossem sociedades de economia mista ou empresas públicas, portanto pessoas jurídicas de Direito Privado.” Do mesmo modo, não há notícia de nenhuma destas pessoas jurídicas, que mesmo na qualidade de concessionária ou permissionária de serviços públicos ter pago pelo uso dos bens públicos. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 215-216, 229-236.

⁷³⁶ O autor comenta que estes dispositivos deram guarida ao princípio constitucional implícito da universalização material dos serviços públicos e assevera que agasalharam e deram tutela ao princípio com jamais o fez outras legislações brasileiras. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 232.

num carente ainda mais necessitado do que era antes do processo de urbanização.”⁷³⁷

Depreende-se que as tarifas dos serviços públicos concedidos, em geral, não são módicas, mas poderiam sê-lo. Há diversas práticas que contribuem, indevidamente, para a elevação das tarifas e, por conseguinte, para a obstaculização do acesso e, portanto, da satisfação de necessidades essenciais. São medidas que desrespeitam as disposições legislativas e constitucionais que determinam a modicidade tarifária e o efetivo acesso ao serviço público. É dever do Estado promover e garantir o efetivo acesso aos serviços públicos.

Quando se olvida da associação inerente à concessão de serviços públicos e descarta-se de uma visão holística da prestação destes serviços, propicia-se o aumento tarifário em detrimento, exclusivamente, do usuário de serviços públicos, que é aquele que paga a conta, ou pior, do indivíduo que sequer usufrui. Desse modo, devem ser substituídas as práticas e mecanismos que elevam o valor das tarifas por aquelas que propiciam a redução, em especial, pela exploração de atividades conexas, já albergadas e determinadas pelo Direito.

4.4.2 Acesso ao serviço público concedido a custo mínimo ou isento para o usuário

A modicidade facilita o acesso ao serviço público, mas deveria ser capaz de assegurar o acesso efetivo de todos⁷³⁸, contudo, não é o que se verifica. Assim, para atender também aos princípios da isonomia, e de modo mais específico, da generalidade – universalidade – em algumas situações, não apenas a tarifa módica assegurará o acesso, mas a sua redução drástica – modicidade absoluta – ou, até mesmo, a sua isenção com a atribuição do respectivo ônus a outro segmento da sociedade, cujos instrumentos serão agora visualizados.

O princípio constitucional da isonomia deve ser observado no tocante aos serviços públicos, em especial ao acesso a estes. Significa que o acesso ao serviço público, por ser fundamental à satisfação de necessidades essenciais, relacionadas

⁷³⁷ O autor relata que além de a municipalidade cobrar pelo uso dos bens públicos, agravando, deste modo, a prestação dos serviços de infra-estrutura urbana, o que reflete diretamente na tarifa paga pelo usuário, a urbanização da periferia pode gerar mais custos à população de baixa renda que ali vive em razão da valorização imobiliária, que pode retirar os imóveis daquele local da faixa de isenção do IPTU. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 235-236.

⁷³⁸ Regina Ferrari leciona que “quando se fala em modicidade das tarifas, conforme determina o §1º do art. 6º da Lei 8.987/95, refere-se à possibilidade de ser suportada, ou seja, que sejam acessíveis aos usuários”. *Op. cit.*, p. 56.

à dignidade da pessoa humana, como a prestação tem um custo, deve ser condicionado a tarifas proporcionais às capacidades econômicas daqueles que o necessitam, salvo se for isento de custo ao usuário.⁷³⁹ O direito ao igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos constitui-se em um direito derivado às prestações. Consubstancia-se no “direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes.”⁷⁴⁰

A universalidade pode ser considerada um prolongamento da igualdade, conforme expõe Dinorá Grotti⁷⁴¹, próprio da prestação de serviços públicos. A igualdade traduz a igualdade entre os usuários, no sentido de não discriminação e neutralidade.⁷⁴² René Chapus ressalta que o princípio provoca, sobretudo, a censura às discriminações tarifárias entre os usuários que se encontram na mesma situação. O autor alerta que igualdade não se confunde com uniformidade, pois trata-se de igualdade proporcional uma vez que situações diferentes devem ser tratadas de maneira distinta; por conseguinte, as discriminações devem estar relacionadas às situações diferentes. Deduz-se a possibilidade legal e a imperatividade de considerar as diferenças entre os usuários quanto à tarifação e ao acesso aos serviços.⁷⁴³

O estabelecimento de tarifas iguais, ao invés de favorecer, fere a isonomia, pois estabelece uma igualdade meramente formal e não substancial.⁷⁴⁴ Ainda, a

⁷³⁹ No Brasil, quanto à água, infelizmente, o Relatório do Desenvolvimento Humano 2006 do PNUD constatou que “algumas das pessoas mais pobres do mundo pagam alguns dos preços mais altos do mundo pela água, reflectindo a cobertura limitada dos prestadores de serviços de água nos bairros degradados e nos povoamentos informais em que vivem as pessoas carenciadas” “No início do século XXI, temos os meios financeiros e tecnológicos e a capacidade de fazer a crise da água e do saneamento passar à história, com tanta certeza como os países ricos de hoje fizeram há um século. O que tem faltado é o desejo concertado de alargar o acesso à água e ao saneamento a todos, através de planos nacionais bem elaborados e devidamente financiados, suportados por um plano de acção global para galvanizar a vontade política e para mobilizar recursos.” PNUD, Relatório do Desenvolvimento Humano 2006. Disponível em: www.pnud.org.br/rdh/. Acesso em: 18 abr. 2007.

⁷⁴⁰ Conforme leciona Canotilho. *Op. cit.*, p. 468-469.

⁷⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços..., 2000, p. 55.

⁷⁴² A respeito do princípio, René Chapus esclarece: “*Il manifeste encore ses exigences en ce qui concerne l'égalité des usagers des services publics.*” CHAPUS, René. *Op. cit.*, p. 565.

⁷⁴³ “*S'agissant, tout particulièrement, des usagers des services publics, il sera ainsi légalement possible de tenir compte de telles différences de leurs situations par rapport au service, - et cela notamment en matière de tarification des prestations du service, et meme en matière de possibilité d'accès au service.*” CHAPUS, René. *Id.*, p. 566.

⁷⁴⁴ Acerca do princípio da igualdade, José Gomes Canotilho evidencia a diferença entre as perspectivas formal e material do princípio ao comentar que “uma lei fiscal impositiva da mesma taxa de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao seu conteúdo, pois equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar.” Segundo o autor, a igualdade é um

ausência de diferenciação tarifária não respeita os objetivos fundamentais da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais e sociais. Desse modo, faz-se indispensável a instituição de tarifas isonômicas a fim de propiciar o acesso de todos, de acordo com a situação concreta de cada um.⁷⁴⁵ Há a função de não discriminação dos direitos fundamentais no sentido que, a partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade, o Estado deve tratar os seus cidadãos como fundamentalmente iguais, o que justifica, especialmente no direito norte-americano, as *affirmative actions*.⁷⁴⁶

Em França existe previsão legal – Lei 98-657, de 29.07.1998, “*Loi d’orientation relative à la lutte contre les exclusions*” - que prestigia a isonomia tarifária e o acesso ao serviço público ao estabelecer que “As tarifas dos serviços públicos administrativos de carácter facultativo podem ser fixadas em função do nível de renda dos usuários e do número de pessoas vivendo no domicílio. Os valores mais elevados assim fixados não podem ser superiores ao custo por usuário da prestação em questão. As taxas assim fixadas não fazem obstáculo ao igual acesso de todos os usuários ao serviço.”⁷⁴⁷

Cabe ao poder concedente concretizar uma proposta político-social atinente à fórmula tarifária. A diferenciação de tarifas decorre do princípio da isonomia, se presentes as condições autorizadoras, mas não pode ser um instrumento violador do referido princípio. Uma das possibilidades é a utilização da tarifa social, que assim se denomina pois proporciona uma variação de tarifa em função da ausência de recursos do usuário, de modo que a quem não dispõe de riqueza não é negado

princípio de justiça social e, neste sentido, assume relevo em termos de igualdade de oportunidades. “Esta igualdade conexiona-se, por um lado, com uma política de «justiça social» e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação do direitos económicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria ideia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13º/2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 418, 420-421.

⁷⁴⁵ Gomes Canotilho, acerca do controle do princípio da igualdade, expõe três princípios básicos, afirmados pelo Tribunal Constitucional Português: i) da proibição do arbítrio, no sentido de se considerar inadmissíveis as diferenciações de tratamento sem respaldo em critérios objetivos, bem como o repúdio à identidade de tratamento em situações desiguais; ii) princípio da proibição de discriminações, vedando-se a diferenciação entre cidadãos a partir de aspectos subjetivos e iii) princípio da obrigação de diferenciações para compensar a desigualdade de oportunidades e, assim, eliminar as desigualdades. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1252-1255.

⁷⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Id.*, p. 403.

⁷⁴⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 373.

acesso aos serviços públicos concedidos.⁷⁴⁸ Contudo, a tarifa social – que tende a ser inferior ao custo do serviço – por beneficiar apenas parcela hipossuficiente da população, pressupõe tratamentos desiguais, de acordo com as desigualdades, pois se ela beneficiasse a todos, mesmo os que não a necessitassem por possuírem condições de pagar a tarifa comum, por força de argumento isonômico equivocado, estar-se-ia consagrando a ineficiência e perpetuando a desigualdade.⁷⁴⁹

O serviço público, desde sua origem, pressupõe a igualdade enquanto princípio, juntamente com a mutabilidade e a continuidade, de acordo com as denominadas “leis de Rolland”.⁷⁵⁰

O princípio traduz a igualdade entre os usuários, no sentido de não discriminação e neutralidade.⁷⁵¹ René Chapus ressalta que a igualdade provoca, sobretudo, a censura às discriminações tarifárias entre os usuários que se encontram na mesma situação. O autor alerta que igualdade não se confunde com uniformidade pois se trata de igualdade proporcional pois situações diferentes devem ser tratadas de maneira distinta. Deste modo, as discriminações devem estar relacionadas com as situações diferentes.

Extraí-se a possibilidade legal de considerar as diferenças entre os usuários quanto à tarifação e ao acesso aos serviços.⁷⁵² De acordo com a jurisprudência francesa, as comunas podem praticar duas espécies de discriminações: em função do domicílio ou residência e dos recursos, das receitas dos usuários e suas famílias.⁷⁵³ Não obstante, as tarifas diferenciadas podem ser justificadas por uma necessidade de interesse geral em razão das condições de exploração do serviço.⁷⁵⁴

Exemplo recente é o denominado “Telefone Social” que propicia o acesso ao serviço telefônico mediante valor reduzido de assinatura – tarifa referente ao acesso

⁷⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria....*, p. 375.

⁷⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Políticas....*, p. 86-87.

⁷⁵⁰ CHAPUS, René. *Op. cit.*, p. 557.

⁷⁵¹ A respeito do princípio, René Chapus esclarece: “*Il manifeste encore ses exigences en ce qui concerne l'égalité des usagers des services publics.*” CHAPUS, René. *Id.*, p. 565.

⁷⁵² “*S'agissant, tout particulièrement, des usagers des services publics, il sera ainsi légalement possible de tenir compte de telles différences de leurs situations par rapport au service, - et cela notamment en matière de tarification des prestations du service, et même en matière de possibilité d'accès au service.*” CHAPUS, René. *Id.*, p. 566. O autor registra que o Conselho de Estado pronunciou-se sobre a legalidade da diferenciação tarifária em matéria de transporte por balsa entre *La Rochelle* e *l'île de Ré* uma vez que foi reconhecida a diferença entre habitantes permanentes da ilha os do continente, que justifica uma tarifa reduzida aos primeiros. CHAPUS, René. *Id.*, p. 567.

⁷⁵³ Inclusive, observa-se entendimento favorável à diferenciação tarifária no tocante à cantina escolar e à escola de música. CHAPUS, René. *Id.*, p. 568.

⁷⁵⁴ CHAPUS, René. *Id.*, p. 569.

– e menor franquia de pulsos; contudo o pulso excedente possui valor superior e há restrições ao acesso de comodidades.⁷⁵⁵

A relevância do “telefone social” decorre da constatação que “todos têm direito à comunicação, de acessar redes e transmitir ou receber informações, o que somente pode ser alcançado mediante expansão dos serviços para além do quanto possa ser definido como *exploração eficiente do serviço*, que é inerente ao princípio de *continuidade*.” Direito de acesso este que é garantido pelo princípio da universalidade, pois o serviço de telecomunicação “visa à satisfação de necessidades vitais da sociedade” e assim, “projeta-se como dever impostergável do Estado”.⁷⁵⁶

Não obstante a necessidade de adotarem-se todas as medidas possíveis para que se propiciem tarifas módicas, que é uma condição do serviço adequado, há hipóteses que demandam a adoção de tarifas sociais, as quais não se confundem com a modicidade. A tarifa módica representa “o menor valor possível para cobrir os custos de operação, ensejar o retorno dos investimentos e conferir margem razoável de retorno ao prestador”, o que significa que ela não é deficitária. Por sua vez, a tarifa social é “artificialmente engendrada a partir de impulsos externos à relação econômica (objetivos sociais, de políticas públicas) e que pode inclusive (no mais das vezes é) ser deficitária, na medida em que tem por pressuposto o complemento por subsídios internos ou externos.”⁷⁵⁷

Neste sentido, o Telefone Social não visa reduzir as tarifas dos tradicionais usuários pois a sua finalidade é possibilitar o acesso de usuários apartados do sistema, mediante condições diferenciadas dos demais. “É, portanto, intrínseca, à própria idéia do Telefone Social a segmentação de um universo específico de usuários para os quais o serviço será oferecido. Afinal, como o próprio nome diz, trata-se de acesso individual de classe especial e não da generalização de benefícios tarifários a todos os usuários.”⁷⁵⁸ (grifo no original)

Destarte, a tarifa social implica admitir remuneração inferior ao custo do serviço – investimento, operação e retorno – pois se for possível o acesso por tarifa

⁷⁵⁵ Sobre o assunto, interessante conferir MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Políticas... de universalização, legalidade e isonomia: o caso “Telefone Social”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 4, n.14, p. 75-115, abr/jun., 2006.

⁷⁵⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. Contribuição ao FUST e a interconexão de redes – solidariedade tributária no serviço público universal. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VI, 30, p. 101-125, mar./abr. 2005, p. 107.

⁷⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Políticas..., p. 81, nota 12.

⁷⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 108.

módica – o que efetivamente deveria ocorrer -, não haverá necessidade de tarifa social. “Cogitar de uma tarifa social importa, por pressuposto, assumir que a inclusão da parcela dela beneficiária não consegue pagar sequer a tarifa módica. Segue daí que esta política tarifária inclusiva (como de resto qualquer política de universalização) implica custos correspondentes ao déficit na prestação do serviço.”⁷⁵⁹

Sem dúvida, a adoção da tarifa social, tendo em vista solucionar um problema, traz outros, como a indagação acerca dos critérios identificadores dos beneficiados⁷⁶⁰, os limites das tarifas reduzidas e quem deve pagar pela universalização⁷⁶¹. Além disso, a questão central reside no fato de que a tarifa social não corresponde ao valor necessário para assegurar a rentabilidade da exploração e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. A diferença tem que ser suprida com receitas diversas, subsídio estatal ou com a incorporação do custo na tarifa dos demais usuários – subsídio interno.

A elevação da tarifa dos demais usuários não parece ser uma solução acertada⁷⁶². O fato de haver pessoas excluídas dos serviços constitui um ônus para a sociedade, que não pode ser transferido ao concessionário nem à parcela da sociedade.⁷⁶³ Os usuários estariam arcando com os custos da tarifa social segundo a intensidade de uso do serviço público e não segundo a capacidade de contribuição.⁷⁶⁴ Ainda, com o aumento da tarifa, certamente, outros usuários passariam a ser excluídos e alguns se sacrificariam a diminuir a fruição dos serviços

⁷⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 95.

⁷⁶⁰ No setor elétrico foi criada a “subclasse residencial de baixa renda”, prevista no Decreto nº 4.336 de 2002 e na Resolução da Aneel nº 485 de 2002, a qual, em seu artigo 2º, determina que a subclasse é identificada pelo consumo médio mensal, no período de 12 meses, de 80 e 220 kWh e que atenda, cumulativamente, os critérios de identificação utilizado para o fornecimento de gás à população de baixa renda, de acordo com o Decreto nº 4.102 de 2002, que assim dispõe: “Artigo 3º. Para os efeitos do disposto neste Decreto, é considerada de baixa renda a família que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I – possuir renda mensal *per capita* máxima equivalente a meio salário mínimo definido pelo Governo Federal, e

II – atender a pelo menos uma das seguintes condições cadastrais: ser integrante do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, criado pelo Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001; ou estar cadastrada como potencial beneficiária desses programas.”

⁷⁶¹ Estes questionamentos não se restringem à concessão pois mesmo o serviço prestado pelo Estado, de modo direto, requer oneração de parte ou de toda a sociedade para o estabelecimento de um benefício como a redução tarifária, conforme ressalta Floriano Marques Neto. As políticas..., p. 95.

⁷⁶² Os encargos devem ser repartidos de acordo com o princípio da igualdade, como lembra Gomes Canotilho ao referir-se ao princípio da igualdade perante os encargos públicos, como manifestação do princípio da igualdade. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 421.

⁷⁶³ Sem dúvida, alguns serviços são tão abrangentes, que todos os cidadãos contribuintes são também usuários, hipótese em que seria menos dispendioso adotar o subsídio interno.

⁷⁶⁴ Conferir, a respeito JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 377.

correspondentes à satisfação de suas necessidades, ou seja, haveria mais um distúrbio social. Regina Ferrari observa haver maiores dificuldades em se transferir o custeio da tarifa social aos demais usuários de modo que o Estado é quem deve custeá-la.⁷⁶⁵

Em razão desses fatores, só é admissível a elevação da tarifa dos demais usuários para a cobertura do custo social se houver autorização legislativa⁷⁶⁶, até para não gerar maiores inseguranças e riscos aos investidores, mas considera-se que, pela relevância da questão, não parece ser a medida mais acertada.

O denominado subsídio interno – no sentido de aumentar a tarifa de determinado segmento de usuários para compensar a redução de outro – apresenta como aspecto positivo ser uma medida mais imediata, efetiva, mais fácil de ser fiscalizada e controlada e menos custosa em relação ao subsídio externo por envolver menores custos de transação. O problema social, no entanto, requer solidariedade, mas não de alguns, de todos - da sociedade.⁷⁶⁷ “Deverá haver mecanismos, na concessão, de transferência dos custos da *tarifa social* para toda a comunidade, a qual arcará com as despesas necessárias ao fornecimento a todos os seus membros de utilidades necessárias à preservação de sua dignidade.”⁷⁶⁸ (grifo do autor).

A respeito do financiamento da tarifa social, compartilha-se o entendimento exarado por Cesar Guimarães Pereira, o qual, pelo brilhantismo da exposição, é transcrito

⁷⁶⁵ Observa a autora que a que a transferência “poderia, em cascata, ocasionar outras conseqüências aos demais usuários, como a impossibilidade de assumir tal encargo. Portanto, o Estado é quem deve custear a tarifa social, vale dizer, como o dinheiro do Estado é, em princípio, o do contribuinte, é a comunidade/povo, como elemento essencial para existência da entidade estatal, que irá arcar com tal encargo.” FERRARI, Regina. *Op. cit.*, p. 58-59.

⁷⁶⁶ Floriano Marques Neto, no tocante às telecomunicações, ressalta que, além de o art. 210 da LGT afastar a aplicação da Lei 9.074/95, a qual, em seu art. 35, estabelece a necessidade de Lei para a previsão de novos benefícios tarifários, o art. 80, §1º definiu regime próprio às telecomunicações. Segundo este regime, a criação de obrigações de universalização independe de lei pois determinou ao Executivo a definição da fonte de custeio, exigência esta que caracteriza tal regime. MARQUES NETO, Floriano. *As políticas...*, p. 96.

⁷⁶⁷ Segundo Guimarães Pereira, “a solidariedade prevista constitucionalmente pode ser vista como pragmática, institucional, não buscando necessariamente a internalização, pelos indivíduos, de pertença [appartenance] social, mas pressupondo apenas o cumprimento dos deveres jurídicos instituídos normativamente com a finalidade de extirpar a miséria e reduzir desigualdades. Esses deveres consistiriam fundamentalmente em obrigações pecuniárias que têm por objeto a entrega de riqueza ao Estado (impostos) ou a assunção de parte do custo da atividade estatal.” “A noção constitucional de solidariedade pressupõe efetivo envolvimento, não o mero cumprimento asséptico de deveres objetivos.” PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 348-349.

⁷⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 377.

As tarifas sociais não devem ser compensadas por subsídios internos, mas por subsídios públicos oriundos de receitas gerais. Essa é a única das alternativas cogitáveis (ônus do concessionário, subsídio interno ou cruzado ou subsídio público) que atende integralmente aos princípios constitucionais aplicáveis (especialmente ao da capacidade contributiva) – embora sejam comuns, na realidade, as situações de tarifas redistributivas custeadas mediante incremento das tarifas de outras categorias ou de subsídios cruzados (custeio de determinados serviços mediante receita oriunda de outros serviços). A segunda das alternativas limita a noção de solidariedade, ao não colher de toda a coletividade os recursos necessários ao benefício outorgado com base na solidariedade social. A primeira reconduz-se à segunda, pois, como é assegurada a manutenção da equação econômico-financeira, o custo correspondente é repassado às tarifas ou às receitas do concessionário ou se traduz em redução de outros encargos, o que leva ao mesmo resultado. Resta apenas a terceira, em que cabe ao Poder Público (o poder concedente) suportar o custo das tarifas sociais ou redistributivas.⁷⁶⁹

Depreende-se que o princípio da solidariedade e da redistribuição demanda que o Poder Público e, em última análise, a sociedade, financiem o acesso universalizante aos serviços públicos, desde que a exploração de eventuais atividades conexas e acessórias não cubram de modo integral as despesas com o acesso dos usuários desprovidos de recursos.

Cristiane Derani ressalta que a solidariedade é inerente à vida social. Ela não se confunde com os deveres morais de caridade e fraternidade. “Por isto, afirma Duguit que a solidariedade ‘não é um imperativo para o homem, mas se o homem quer viver, como ele só pode viver em sociedade, ele deve conformar seus atos à solidariedade social. A solidariedade é, assim indiretamente o fundamento de uma regra de conduta’”.⁷⁷⁰

Na prestação direta pelo Estado, tradicionalmente, os ônus das políticas públicas eram contrabalanceados por quatro instrumentos: i) tributação; ii) endividamento público interno ou externo; iii) pressão inflacionária pelo aumento da base monetária e iv) pela elevação de tarifas. Isto significa que sempre eram repartidos pela sociedade, com a diferença que o aumento das tarifas onera apenas aqueles que utilizam os serviços.⁷⁷¹

A Lei Geral de Telecomunicações previu o dever de universalização e as regras para o seu custeio, a ser obtido por duas modalidades: i) obrigações contratuais de universalização, previstas nos arts. 79 e 80⁷⁷², que demanda a

⁷⁶⁹ PEREIRA, Cesar Guimarães. *Op. cit.*, p. 372-373.

⁷⁷⁰ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos...*, p. 36-37.

⁷⁷¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Políticas...*, p. 95-96.

⁷⁷² “Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade contribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua

exploração eficiente do serviço e ii) a universalização pública, legal, a ser financiada por recursos públicos e pelo fundo de universalização, prevista no art. 81.⁷⁷³ Cumpre esclarecer que o custeio público somente deve abranger parcela do custo “que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço”.⁷⁷⁴ Observa-se no art. 81 a preferência legislativa pelos custeios exteriores, de modo a excepcionar o subsídio cruzado⁷⁷⁵ ao preferir como fonte recursos orçamentários ou fundo especial – Fust. Assim, “surge clara a opção do legislador por ratear por toda a sociedade os custos da parcela irrecuperável da universalização. Esta é, ademais, a posição mais correta tanto do ponto de vista de justiça social quanto do ponto de vista da regulação para a concorrência.”⁷⁷⁶

Floriano Marques Neto defende e denuncia que, atualmente, de acordo com a LGT, para a universalização dos serviços de telecomunicações não são admitidos

localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.”

“Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.”

⁷⁷³ “Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I – Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de 120 (cento e vinte) dias após a publicação desta Lei.

Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do caput, poderão ser adotadas também as seguintes fontes:

I – subsídios entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários;

II – pagamento de adicional ao valor de interconexão.”

⁷⁷⁴ Depreende-se que, além das obrigações atribuídas às operadoras, “o Estado segue cumprindo seu papel, ordenando políticas públicas a partir da constituição de *Fundo destinado à universalização*, dotado por recursos oriundos de financiamento público e privado, visando a atingir metas que não seriam alcançadas exclusivamente com as *obrigações de serviço universal*.” TÔRRES, Heleno Taveira. *Op. cit.*, p. 108.

⁷⁷⁵ Aquele que se estabelece internamente à prestadora, quando esta se utiliza de margens excedentes oriundas de outro serviço ou de outro segmento de usuários, conforme explicita MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Políticas...*, p. 99.

⁷⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 98.

subsídios cruzados nem o valor adicional à interconexão. Estes o eram apenas até a existência do Fust, em 2000, contudo, ressalta ser possível entender que a Lei do Fust ampliou o art. 81 da LGT e admitiu subsídios cruzados.⁷⁷⁷

Paulo Motta adverte existir contradições no tocante ao FUST pois, não obstante os propósitos de sua instituição serem de evidente alcance social, as receitas que compõem o fundo, além de outras, são proporcionais ao valor das contas telefônicas e pagas pelos usuários, nos termos do art. 6º, IV, da Lei 9.998/2000.⁷⁷⁸ Denota-se que os custos da universalização são atribuídos parcialmente aos usuários, em vista disto, conclui o autor que “não são atividades exercidas por conta e risco do concessionário” e que há socialização da parte não rentável e do lucrativa não.⁷⁷⁹ Paulo Motta relembra que as concessionárias, por serem titulares das redes de telecomunicação, cobram tarifas de interconexão das empresas espelho e autorizadas, para que estas tenham acesso às redes de usuários do sistema. Desse modo, quanto maior a universalização, ou seja, quanto mais usuários a concessionária ligar às redes, mais arrecadará tanto pelo maior número de assinantes como pelo maior pagamento por interconexão pelas empresas concorrentes. Motta demonstra, diante de tal raciocínio, que a universalização gera maior arrecadação à concessionária que poderia ser utilizada para cobrir os custos da universalização não-rentável, mas denuncia que não é o que ocorre, pois os usuários do sistema e a União contribuem para a universalização.⁷⁸⁰

Ainda, o FUST também é pago pelos assinantes das empresas espelho e autorizadas, os quais também pagam pela interconexão, o que quer dizer que a universalização é custeada por usuários das empresas concorrentes da concessionária. Observa-se que a concessionária tem a vantagem de explorar a

⁷⁷⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Id.*, p. 99-100.

⁷⁷⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 189-191. Conforme se verifica a partir da seguinte redação:

“Art. 6º . Constituem receitas do Fundo:

(....)

IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS;

Parágrafo único. Não haverá a incidência do Fust sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário, na forma do disposto no art. 10 desta lei.”

⁷⁷⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 191.

⁷⁸⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 191-192.

rede, cobrando pelo acesso a ela e, contraditoriamente, a universalização é custeada pelo Erário e pelos diversos usuários dos serviços.⁷⁸¹

Em vista disto, Calixto Salomão Filho verifica haver repasse dos custos com a universalização aos agentes econômicos mais fragilizados – consumidores e concorrentes sem rede -, o que é contrário a qualquer lógica econômica ou jurídica. O autor considera haver violação ao art. 173, §4º, da Constituição em razão do aumento arbitrário dos lucros e afirma que as concessionárias titulares das redes têm vantagem concorrencial por poder explorá-las de modo que, ao repassarem os custos de universalização, estão a obter do Estado tutela para a máxima lucratividade.⁷⁸²

Paulo Motta também observa que algumas operadoras telefônicas são detentoras de provedores de acesso à internet e acabam viabilizando o acesso gratuito, ou seja, além de não cobrar pelo serviço, que poderia auxiliar no custo da universalização, o provedor é custeado pelos usuários dos serviços de telefonia.⁷⁸³

Em alguns casos, quando normalmente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato necessita ser recomposto em razão de os encargos do concessionário estarem superiores às suas vantagens, ao invés de se aumentar a tarifa, pode ser estudada a redução dos encargos como tentativa de manter o valor da tarifa, inclusive para reduzir o impacto da tarifa social.

É o que se observa no setor elétrico. A Resolução nº 485/2002 da Aneel,⁷⁸⁴ que instituiu a Tarifa Social para a “subclasse residencial de baixa renda”, previu em seu art. 3º que o custeio das tarifas diferenciadas seria proveniente da isenção de pagamento do encargo de capacidade emergencial, do encargo de aquisição de energia emergencial e da recomposição tarifária extraordinária. Contudo, o Decreto nº 4.336 de 2002 também previu financiamento pelos recursos da Reserva Global de Reversão (RGR), cobrada dos outros usuários, mediante apuração do cálculo da diferença de faturamento das concessionárias e permissionárias antes e depois da utilização da tarifa diferenciada, que é compensada pelos recursos da RGR, após

⁷⁸¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Id.*, p. 192-193.

⁷⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 44, nota 17.

⁷⁸³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação...*, p. 193-194.

⁷⁸⁴ A Resolução Normativa nº 253, da ANEEL, de 14/02/2007, que alterou dispositivos da Resolução nº 485, previu, em seu art. 2º, §1º, como beneficiários a família inscrita no Cadastro Único do Governo Federal com as condições que a habilitem a ser beneficiária do Programa Bolsa Família e desde que o consumo seja aquele previsto para a média do período de 12 meses (161 a 220Kwh com data limite até 31/05/2007 e entre 80 a 160Kwh até 30/09/2007). Além disso, a renda per capita da família não pode ultrapassar R\$ 120,00.

homologação da Aneel. A Lei nº 10.604/2002 estabeleceu, em seu art. 5º, a concessão de subvenção econômica para contribuir à modicidade tarifária dos consumidores da Subclasse Residencial Baixa Renda, proveniente do adicional de dividendos devidos à União pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A – Eletrobrás, associado às receitas adicionais auferidas pelas geradoras com a comercialização de energia elétrica nos leilões públicos, no mínimo de 60% e máximo de 80%. A Lei previu, se insuficientes esses recursos, a utilização, para os anos de 2002 e 2003, dos recursos da RGR.

Além disso, a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, instituiu a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, cuja finalidade, dentre outras, é promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional e garantir recursos para a subvenção da modicidade tarifária, conforme dispõe o art. 13.⁷⁸⁵ Nos termos do §1º,⁷⁸⁶ os recursos da Conta são “provenientes dos pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público, das multas aplicadas pela ANEEL a concessionários, permissionários e autorizados e, a partir de 2003, das quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializem energia com o consumidor final, mediante encargo tarifário, a ser incluído a partir da data de publicação desta Lei nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou distribuição.” Estabelece o §8º do art. 13, que as multas e os pagamentos pelo uso de bem público serão destinados, exclusivamente, à universalização. Além desses dispositivos, a Lei em tela estabelece vários outros mecanismos tendentes à universalização, como por exemplo, a previsão de metas de expansão e atendimento a serem estabelecidas às concessionárias e premissionárias, de acordo com o art. 14.

A modicidade tarifária diferenciada, com evidente intuito de universalização e efetivação do acesso, é adotada no sistema elétrico pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, no art. 1º e seus parágrafos, ao prever isenção do rateio dos custos pertinentes à contratação de capacidade de geração ou potência (KW) ao consumidor da Subclasse Residencial Baixa Renda, ao consumidor residencial com consumo máximo de 350 KWh e ao rural com até 700KWh, sendo que tais custos são rateados entre todas as classes de consumidores finais, de modo proporcional ao consumo e mediante adicional tarifário, o que, nos termos do art. 3º da Resolução nº 485, deve ser discriminado nas faturas.

⁷⁸⁵ Com redação pela Lei 10.762, de 11/11/03.

⁷⁸⁶ Com redação pela Lei 10.848, de 15/03/04.

Não se deve olvidar que as medidas universalizadoras devem ser respaldadas, necessariamente, por fontes de custeio, previamente identificadas, conforme determina o art. 35 da Lei 9.074/95⁷⁸⁷. Assim, a ampliação do acesso hoje não pode ser custeada por recursos que deveriam ser direcionados à manutenção, atualização e ampliação dos serviços, ou seja, à custas da adequação e, portanto, do sucateamento da atividade no futuro. As medidas universalizadoras devem ser precedidas de amplos estudos e análises do setor, não podem servir de instrumento exclusivamente político, demagógico e populista desprovidas de fontes reais de custeio.⁷⁸⁸

Calixto Salomão Filho aponta que a contribuição sobre o domínio econômico, prevista no art. 149 da Constituição, seria uma boa alternativa para a implementação do serviço universal, eis que apresenta duas vantagens: por um lado, estabelece um ônus às empresas ou setores beneficiados pela prestação de certo serviço ou atividade, como ocorre com os monopólios das redes e, por outro lado, serve para financiar a intervenção compensatória do Estado. Assim, segundo o autor, a contribuição gera externalidade social positiva relevante ao permitir o reequilíbrio de setores que propiciam benefícios adicionais para alguns agentes.⁷⁸⁹

Na acepção de Heleno Taveira Tôres, o FUST é, sem dúvida, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, eis que se justifica a medida interventiva com “a universalização das telecomunicações”, que cabe a todas as prestadoras, em regime público ou privado.⁷⁹⁰

No caso de haver monopólio sobre as redes, Salomão Filho considera que o titular de tal direito detém grande vantagem inicial, a qual pode gerar-lhe lucros

⁷⁸⁷ “Artigo 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

⁷⁸⁸ A respeito do serviço solidário, Juan Carlos Cassagne, a princípio, considera a medida violatória do direito de propriedade dos prestadores, portanto, inconstitucional e com isso, ressalta a necessidade do estabelecimento do financiamento dos subsídios pelo Estado e de um Fundo Solidário. O Fundo Solidário, de acordo com a legislação argentina, é composto por um aporte do Estado correspondente à alíquota do IVA aplicável ao usuário, 2% das faturas que abonem os demais clientes compreendidos no regime e um aporte do prestador em 10% do benefício outorgado ao usuário, o que é de interpretação complexa. Segundo o autor, se o custo da política de subsídios não for totalmente coberto por intermédio do Fundo ou de contribuições do Estado, o regime será inconstitucional por violar e confiscar a garantia de propriedade. CASSAGNE, Juan Carlos. *La Estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos*. In: _____. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 171-210, p. 189.

⁷⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 42-43.

⁷⁹⁰ TÔRES, Heleno Taveira. *Op. cit.*, p. 106.

extraordinários. Em vista disso, pode ser determinado ao particular a compensação dos lucros mediante o fornecimento de serviços a aqueles destituídos de condições financeiras ou com a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico.⁷⁹¹

Deve-se considerar que, embora o modelo clássico de concessões de serviços públicos preveja a remuneração do concessionário mediante o pagamento de tarifas pelos usuários ou também por fontes diversas, não há vedação à participação do Estado no custeio dos serviços públicos concedidos. A vedação à participação do Estado, pelo contrário, pode violar valores constitucionais, principalmente vislumbrando-se a concessão dos serviços públicos no panorama político, econômico e social brasileiro o qual demonstra um grau elevado de necessidades essenciais a serem satisfeitas e um abismo para o alcance da dignidade da pessoa humana.

Marçal Justen Filho ressalta que a concessão de serviço público não deve causar diferenciação definitiva entre as diversas classes e grupos sociais. Não se admite que um serviço diretamente relacionado com concretização da dignidade seja negado a algumas parcelas da população por ausência de condições econômicas para seu custeio. Sob este fundamento observa o autor que “seria impossível obter o atendimento aos princípios da dignidade e da solidariedade se fosse vedado ao Estado promover qualquer remuneração ao concessionário, eis que os carentes restariam sem condições de arcar com o pagamento das tarifas necessárias à obtenção dos serviços concedidos.”⁷⁹²

O princípio da solidariedade é um ônus da sociedade e não de alguns ou de poucos operadores econômicos, ele tem vinculação ética à preocupação com a alteridade. Todos devem prestar a sua contribuição em prol dos carentes de recursos. O princípio atua em consonância com o da isonomia, ou seja, todos contribuirão para a promoção da dignidade dos carentes, na medida e proporção de sua riqueza. O autor em comentário aponta que a solução para o fornecimento de utilidades aos carentes, em hipótese de serviços públicos concedidos, ocorre com a contribuição correspondente pelo Estado, mediante autorização legislativa. Assim, “incumbirá ao Estado realizar a mediação entre a apropriação da riqueza dos que

⁷⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 43.

⁷⁹² JUSTEN Filho, Marçal. *Teoria...*, p. 91.

são titulares de capacidade contributiva e o pagamento ao concessionário da remuneração correspondente aos serviços ofertados aos destituídos de recursos.”⁷⁹³

O subsídio oferece a vantagem de implementar o acesso aos serviços públicos concedidos, contudo, com respeito à capacidade contributiva pois quando o Estado subsidia as tarifas está-se a recorrer aos tributos, em especial os impostos, de acordo com a capacidade contributiva. Assim sendo, a solidariedade é realizada de modo indireto, não no âmbito interno da concessão, mas com a injeção de recursos públicos.⁷⁹⁴ Essa alternativa, expõe Guimarães Pereira, diz respeito à configuração constitucional do poder de tributar. Do contrário, “um usuário das categorias atingidas pela tarifa redistributiva poderia invocar seu *direito fundamental* de ter a sua capacidade contributiva afetada apenas pelos instrumentos previstos na Constituição (impostos nominados, instituídos por lei não-retroativa e que obedeça a anterioridade, ou impostos inominados criados por lei complementar da União).”⁷⁹⁵

A redistribuição, em especial na realidade brasileira, é inerente à universalização dos serviços. Se a sociedade fosse mais homogênea, em termos

⁷⁹³ JUSTEN Filho, Marçal. *Id, Ibid.*

⁷⁹⁴ Nos termos da seguinte decisão: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. DÉBITOS PASSADOS. INADIMPLEMENTO. PESSOA HUMILDE. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Embora não conste nas faturas de energia elétrica o nome da autora, resta comprovado nos autos que é ela a usuária do serviço e, por isso, detém legitimidade ativa para propor a demanda. O fornecimento de energia elétrica é dever da União (CF, art. 21, XII, ‘b’), cuja prestação pode ser delegada, mas respeitados os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado (CF, art. 175, IV). Tratando-se, a energia elétrica, de bem essencial, o princípio é o da continuidade sendo que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (CDC, art. 22). **A delegação é opção do Poder Concedente, mas a prestação é dever constitucional. Se o Poder Titular decidiu conceder, e o fez sob o regime do lucro, o delegado não pode ser obrigado a fornecer o serviço gratuitamente, razão pela qual o Poder Concedente, que optou por delegar, deve ressarcir o delegado nos casos em que o usuário justificadamente não tem condições de pagar, pois o fornecimento e a não-interrupção do serviço é dever constitucional do Poder Público e não pode ser interrompido. Precedentes do STJ e deste TJRS. Em face do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, o serviço, se for o caso, deve ser prestado aos pobres, humildes e desempregados independentemente de pagamento. O fato de haver concessão não desonera o Poder Público constitucionalmente devedor do serviço de fazer a prestação gratuita a quem não pode pagar, podendo o concessionário cobrar do Poder Público concedente o valor do serviço que tem de prestar a quem não pode pagar. Os pobres, humildes e desempregados não podem ser obrigados a viver sem energia elétrica porque não têm condições de pagar pelo fornecimento, o qual é dever constitucional do Poder Público. Serviço público essencial, que se constitui como monopólio do Estado, não pode ser prestado somente àqueles que têm condições de pagar, com exclusão dos pobres e marginalizados. (...) APELO DESPROVIDO.” (Apelação Cível Nº 70016914152, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 29/11/2006). (grifou-se)**

⁷⁹⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 380.

econômicos, não haveria necessidade de metas de universalização pois o mercado garantiria o acesso aos serviços.

Marques Neto observa que

Só se implementa uma política de universalização se o poder público agir para reduzir hipossuficiências. Cumprir metas de universalização – mormente num país marcado por desigualdades sociais como o nosso – só se faz com o deferimento de tratamento propositadamente mais benéfico para aqueles cuja capacidade de consumir (e remunerar) bens e serviços não é suficiente para atrair, de *per se*, o interesse dos agentes econômicos.⁷⁹⁶

Em muitos casos há necessidade de investimentos do capital privado, que é a única alternativa para evitar o colapso de determinados serviços públicos. Entretanto, alguns dos serviços concedidos, em razão de suas peculiaridades e de seus usuários, não são auto-sustentáveis, razão pela qual é imperiosa a subvenção estatal para a sua prestação. O subsídio estatal não se confunde com garantia de receita em favor do concessionário, hipótese que constava no artigo 12 da Lei de Concessões que foi vetada. A remuneração do concessionário, ainda que custeada parcialmente pelos cofres públicos, é vinculada ao desempenho no empreendimento e à efetiva disponibilização e utilização do serviço, eis que o instituto da concessão não pode ser desvirtuado. Do mesmo modo, o concessionário continua a arcar com os riscos inerentes ao empreendimento. É o que lembra Philippe Cossalter em relação ao “pedágio sombra” – *shadow toll* – no qual o concessionário, embora remunerado pela Administração e não pelos usuários, o é de acordo com a utilização efetiva do serviço pelos usuários.⁷⁹⁷

Vincular as receitas a serem percebidas pelo concessionário apenas à contraprestação dos usuários pode gerar dificuldades e restrições ao uso da concessão, pois apenas os grandes centros desenvolvidos apresentam-se financeiramente interessantes ao particular. Quando as localidades menores e distantes, mais carentes em termos de desenvolvimento, seriam as que mais necessitam de investimentos e prestação de serviços públicos adequados. Assim, o modelo de concessão com remuneração vinculada à contraprestação tende a caminhar na contramão da busca pela universalidade e desvirtua a finalidade dos

⁷⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Políticas..., p. 84.

⁷⁹⁷ COSSALTER, Philippe. A private finance initiative. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n.6, p. 127-180, abr/jun., 2004, p. 165.

serviços públicos. Além disso, não contribui para a distribuição de renda e o conseqüente desenvolvimento nacional.

O sistema de subsídios em relação às localidades menos atrativas à iniciativa privada favorece a adoção da concessão de serviços públicos, sem desvirtuá-la, de modo a equilibrar a desigualdade regional.

Quando o segmento prestacional estiver sujeito à concorrência pode ser interessante que o subsídio estatal seja direcionado à atividade monopolizada de rede a fim de reduzir os custos de compartilhamento e acesso às redes. Nesse caso, aumenta-se, por decorrência, o número de prestadores e a concorrência e, uma vez que a tarifa de acesso à rede é menor, também tende a ser reduzida a tarifa cobrada do usuário.

Marçal Justen Filho aponta três peculiaridades no tocante ao regime jurídico do subsídio. Primeiramente, tem-se o princípio da indisponibilidade do interesse público que vedaria a liberalidade com bens estatais; entretanto, o subsídio pode ser utilizado como política econômica, fomento econômico e planejamento. Também é autorizada a sua utilização em razão de outros princípios constitucionais como: redução das desigualdades regionais e a eliminação da pobreza, com garantia do desenvolvimento nacional. Em segundo lugar, o subsídio não pode violar o princípio da isonomia; ele deve ocorrer em favor da isonomia. Ainda, o subsídio não pode desnaturar a sistemática da concessão de serviços públicos.

A par disso, os artigos 150, §6º e 165, §6º, da Constituição da República, exigem a previsão legal de subsídios de caráter tributário ou financeiro.

Sem a intenção de “importar” institutos ou idéias estrangeiras, mas apenas como ilustração da relevância do tema, a jurisprudência e as leis francesas vêm admitindo a colaboração estatal nas concessões, estatuinto que a remuneração do concessionário deve estar vinculada aos resultados da atividade, podendo provir de fundos desembolsados pelo poder concedente ou do pagamento dos usuários, o que demonstra a tendência crescente da associação de esforços entre os capitais público e o privado.⁷⁹⁸ A legislação espanhola prevê nos artigos 224 item 3 e 225 do Real Decreto Legislativo 2/2000, sobre contratações administrativas, a possibilidade de destinação de recursos públicos à remuneração dos concessionários de obras

⁷⁹⁸ Ilustra-se o posicionamento francês com a construção e exploração do “Grand State de Saint-Denis”, edificado para os jogos da Copa do Mundo de 1998, conferir JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 83-85.

públicas, desde que presente relevante interesse público, enquanto a concessão de rodovias em Portugal adotou o subsídio cruzado, ou seja, trechos rentáveis subsidiam os deficitários.⁷⁹⁹

Ainda, a Comunidade Européia, através de sua Comissão, editou uma “Comunicação Interpretativa sobre as Concessões em Direito Comunitário” que admite o suporte parcial do Estado no custo de exploração da concessão a fim de reduzir o preço a pagar pelo utilizador, entendimento este que foi integrado ao Direito dos diversos países europeus.⁸⁰⁰

Sem dúvida, o subsídio estatal admitido nos países europeus pode ser incorporado ao Direito brasileiro, e a realidade demonstra a necessidade de conjugação de recursos e esforços para o atendimento do interesse coletivo. A concessão de serviços públicos não pode ter um regime jurídico único, estanque. Esse regime deve se adequar às características dos serviços, às necessidades da sociedade, dos usuários e dos concessionários.

No Brasil, ainda não é comum a concessão de subsídios na prestação de serviços públicos concedidos ou permitidos, aliás, o art. 119 da Constituição do Estado de São Paulo veda o subsídio externo estatal. Isso decorre do objetivo fundamental da Administração nas privatizações e concessões de serviços públicos em arrecadar fundos para cobrir déficits orçamentários, o que não corresponde ao objetivo das concessões.⁸⁰¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite a outorga de subsídio pelo poder concedente mediante interpretação *a contrario sensu* do artigo 17 da Lei de Concessões, que determina a desclassificação da proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios não autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes, ou seja, em havendo lei autorizando o subsídio e, estendido ele a todos os concorrentes, torna-se perfeitamente admissível.⁸⁰²

Celso Antônio Bandeira de Mello também admite o subsídio: “quando a exploração se faça pela cobrança de tarifas dos usuários, não há impedimento a que o concedente subsidie parcialmente o concessionário. (...) Daí haver-se dito que, em geral, o concessionário se remunera ‘basicamente’ pela cobrança de tarifas, pois

⁷⁹⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.*, p. 94.

⁸⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 85-86.

⁸⁰¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.*, p. 95.

⁸⁰² Conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 80.

não é necessário que o seja exclusivamente por elas.”⁸⁰³ O autor, tendo em vista a possibilidade de o concedente alterar unilateralmente a tarifa, admite a adoção de um sistema de tarifas subsidiadas pelo Poder Público se for necessário para a modicidade tarifária.⁸⁰⁴

Marcos Juruena Villela Souto ressalta que a Lei de Concessões expressamente prevê a possibilidade de utilização do subsídio, desde que autorizado por lei específica ao serviço. Acrescenta o autor que o veto ao art. 24 da Lei 8.987/95 não impede o subsídio mediante lei estadual ou federal específica para a regulação de um serviço, pois compete à norma geral disciplinar os contornos da concessão e não as especificidades, muito menos no que se refere aos serviços de competências estadual e municipal, aos quais vige a autonomia prevista no art. 18 da Constituição. Juruena lembra que o cunho social da atividade reforça a necessidade de subsídio, como o transporte coletivo, o qual é susbsiado em vários países.⁸⁰⁵

A participação do Estado na remuneração do particular quando da prestação de serviços públicos é uma tendência, inclusive na França, com as suas diversas modalidades de delegação e na Espanha, com a gestão na modalidade concerto.⁸⁰⁶

Agustín Gordillo, tendo em vista que as equações econômico-financeiras de algumas atividades não se completam sem subsídio estatal direto ou indireto e que muitas pessoas não têm condições de arcar com as tarifas, defende a necessidade de subsídio de acordo com as necessidade e possibilidades do Estado e ao referir-se à Lei 23.696 pondera

Estimamos que es posible que esta norma eventualmente se modifique, porque la ecuación económico financiera de algunas actividades prestadas actualmente por el Estado no cierra sin el subsidio estatal directo o indirecto. (...)

A su vez, en la situación económica que hemos estado describiendo, con recesión, inflación, desempleo, subempleo etc., es también obvio que muchas personas no tienen simplemente capacidad económica suficiente para realizar el gasto.

En el pasado la respuesta fácil ha sido que el Estado debía en todos los casos subsidiar por razones sociales este déficit.

La respuesta contraria de excluir todo subsidio es igualmente demasiado fácil, y es entonces casi seguro que se llegará finalmente a algún punto intermedio en cuanto a la

⁸⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 673.

⁸⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 705.

⁸⁰⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 41.

⁸⁰⁶ Conferir JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 95-136, jan/mar. 2003. p. 114-128.

subvención o subsidio que el Estado quiera y pueda hacer en materia de tarifas, y las realidades de la nueva situación económica y financiera.⁸⁰⁷

O subsídio estatal deve ser utilizado apenas quando constatada a sua necessidade, mediante um determinado serviço público concedido e, desde que não haja outras soluções mais propícias ao caso concreto. O subsídio, se necessário, tem que ser adotado com cautela, em obediência aos ditames constitucionais. Como contraponto, Cesar Guimarães Pereira alerta que o papel estatal de provedor das necessidades individuais não deve representar a supressão da iniciativa e responsabilidade individuais, que são derivações da dignidade da pessoa humana. O Estado deve ser tutor do indivíduo e não torná-lo seu súdito.⁸⁰⁸

Ainda, de acordo com Guimarães Pereira, a realização do objetivo do serviço público determina que o usuário não figure como um *beneficiário passivo*, mas como um *agente* do serviço, com responsabilidades individuais. Neste sentido, é preciso primeiro reconhecer que o serviço é prestado para o usuário e este detém direitos subjetivos, passíveis de reclamação.⁸⁰⁹

Villela Souto recomenda que o subsídio do poder concedente seja contabilizado em separado, assim, ao invés de se transferir recursos públicos ao concessionário para a realização de investimentos, os quais, somente ao fim, retornariam como bens reversíveis, desde já o concedente realiza a despesa em

⁸⁰⁷ GORDILLO, Agustín. *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996. p. II-9.

⁸⁰⁸ PEREIRA, Cesar Guimarães. *Op. cit.*, p. 8-9. O autor ressalta que “o subsídio público das tarifas exige uma avaliação política e ideológica anterior, ligada à alocação de recursos públicos. Diante da limitação da capacidade financeira (a chamada *reserva do possível*), o Estado – não a Administração, mas toda a sua estrutura normativa e concreta, incluindo a Constituição e o Poder Legislativo – deve optar por alocar os recursos do modo mais eficiente. Deverá perguntar-se, p. ex., se o modo mais adequado de realizar os valores constitucionais consiste em subsidiar a tarifa de pedágio ou assegurar transporte coletivo mais eficiente e barato. Ou ambos, cada qual de modo parcial. O subsídio público para as tarifas – ou mesmo o subsídio cruzado, interno ao serviço – pressupõe uma decisão consciente sobre esse ponto.” PEREIRA, Cesar Guimarães. *Op. cit.*, p. 381.

⁸⁰⁹ Contudo, ressalta o autor: “Abstrair-se o indivíduo – no caso do serviço, o usuário – e adotar soluções unilaterais e paternalistas é fugir do problema. Deve-se ressaltar o papel do usuário e destacar sua responsabilidade individual pelo seu próprio destino e como instrumento para a realização do bem coletivo.” Continua Guimarães Pereira: “Busca-se um usuário emancipado, que não seja súdito, mas cidadão; que não seja tutelado pelo Estado, mas tenha consciência e condições materiais de exercício individual ou coletivo dos direitos que lhe cabem em face do prestador do serviço ou do Poder Público.” Assim, as prestações, mesmo atinentes ao serviço universal mínimo, não podem eximir o esforço pessoal. Não obstante a ressalva, Guimarães Pereira lembra que na atualidade e realidade brasileiras não se constata estar o Estado reduzindo a iniciativa individual, aliás, no Brasil reconhece-se a necessidade de atuação estatal redistributiva intensa, principalmente por intermédio da prestação de serviços públicos aos mais necessitados. PEREIRA, Cesar Guimarães. *Op. cit.*, p. 12, 14-15 e 17.

bens que não integrarão o patrimônio do concessionário, este será apenas possuidor.⁸¹⁰

Ressalvadas as considerações feitas e outras que ainda podem surgir, constata-se que o subsídio estatal é uma solução plausível para garantir a universalização, e, conseqüentemente, para permitir o acesso de todos aos serviços públicos concedidos ainda não universalizados, de modo a se assegurar os direitos e garantias fundamentais, bem como a dignidade dos brasileiros.

Paulo Motta avalia que

tarifações atrativas e rentáveis aos concessionários poderão ocasionar serviços não usufruíveis pela maioria da população, perdendo seu caráter de serviços públicos e, conseqüentemente, aumentando a crise social em proporções não imaginadas. Por outro lado, os investidores, caso não possam manter suas margens de lucro, perderão o interesse no negócio e haverá um novo sucateamento das atividades.⁸¹¹

Diante da imposição constitucional à disciplina legal da política tarifária, deprende-se que a tarifa não é a única fonte de remuneração do concessionário pois são admitidos outros meios – como a publicidade cobrada dos anunciantes no caso das concessões de rádio e difusão. Mesmo quando a tarifa é utilizada, ela não precisa refletir o custo efetivo do serviço e deve, em certos casos, considerar as condições do usuário, hipótese em que cabe ao Estado subsidiar o concessionário a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁸¹²

O Brasil necessita da participação da iniciativa privada na implementação e prestação de vários serviços públicos. Assim, a associação público-privada não pode ser impedida sob o argumento formal de regras técnicas provenientes da legislação ordinária em detrimento dos princípios constitucionais fundamentais, mas devem ser adotadas alternativas adequadas a propiciar a satisfação das necessidades coletivas por meio do investimento privado com o fim precípua de universalizar serviços públicos prestados adequadamente. Reflete essa necessidade de conjunção de recursos e esforços entre iniciativa privada a Lei que instituiu a Parceria Público Privada – PPP.⁸¹³

⁸¹⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 42.

⁸¹¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O Pêndulo brasileiro. In: _____. *Agências reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003. p. 1-46. p. 37.

⁸¹² MALERBI, Diva Prestes Marcondes. *Op. cit.*, p. 105.

⁸¹³ A PPP foi conceituada na Inglaterra em 1992 e lá vem sendo utilizada desde 1997, um dos maiores exemplos de sua utilização é a construção do Eurotunnel, túnel sob o Canal da Mancha. O instituto visa viabilizar o financiamento privado e o investimento em infra-estruturas, principalmente em relação aos transportes, energia, recursos hídricos, habitação e saneamento básico. O toque

Na Lei de Parceria há o reconhecimento da possibilidade de o poder concedente remunerar parcialmente o concessionário na concessão patrocinada. Esse modelo de concessão em muito se assemelha à concessão da Lei 8.987/95, no entanto, submete-se também à Lei 11.079/2004, que tem como peculiaridade principal o oferecimento de maiores garantias ao particular. Assim, a utilização da concessão patrocinada pode ser uma das maneiras de assegurar o acesso aos serviços públicos mediante tarifas módicas ou isenções tarifárias, uma vez que o concedente remunera parcialmente o concessionário, portanto, a remuneração estatal pode suprir os custos do serviço. Ainda, a tendência é que o oferecimento de maiores garantias aos particulares diminua os seus riscos, com evidentes reflexos nas tarifas.

Por fim, outra alternativa à prestação de alguns serviços públicos, especialmente àqueles, cuja rentabilidade é insuficiente, seja em razão da dificuldade de cobrança em si e identificação dos usuários – serviços *uti universi* - ou das condições sócio-econômicas dos usuários, pode estar na adoção da concessão administrativa.

Na concessão administrativa a relação que se trava é entre concedente e concessionário. Os riscos deste são menores e ele não se submete ao necessário controle tarifário do concedente. O serviço é prestado para a Administração como usuária direta ou indireta. O particular explora a atividade para obter sua remuneração, mas quem o remunera é a própria Administração, a qual poderá cobrar tarifas dos usuários, ainda que inferiores ao efetivo custo do serviço. Deste modo, o fato de a tarifa ser acessível ao usuário, especialmente ao carente, não afeta, nem põe em risco a remuneração do particular e o Estado, a sociedade e os usuários podem se beneficiar do investimento privado necessário em diversos setores.⁸¹⁴

Sem dúvida, infelizmente, nas hipóteses de subsídio estatal, seja na concessão comum, patrocinada ou administrativa, o Estado continua a ser onerado,⁸¹⁵ ou seja, o Estado não se libera completamente do dispêndio de recursos públicos escassos, que foi o objetivo principal ensejador do renascimento da

angular deste novo modelo é a garantia do particular, ponto que ainda se encontra em discussão. Sem dúvida, o instituto merece estudos e maior profundidade, o que se reserva para outro momento.

⁸¹⁴ A respeito do assunto das PPPs, não serão traçadas maiores considerações sob pena de se ampliar demasiadamente o objeto proposto.

⁸¹⁵ De acordo com Marçal Justen Filho, o subsídio deve ser encarado com reservas, pois pode orientar a concepção que orientou a outorga. *Teoria...*, p. 376.

concessão nos anos oitenta. Entretanto, passados alguns anos, vê-se que não há como não remunerar o particular nem como fazer vistas grossas à questão do não acesso aos serviços públicos e submeter a concessão de serviços públicos e as parcerias com o capital privado, de um modo geral, à ilegitimidade e ao insucesso. O equilíbrio está na associação entre o público e o privado.

Especialmente no Estado brasileiro, com mazelas econômicas e sociais, é dever do Estado garantir e fornecer utilidades materiais fruíveis tendentes à satisfação das necessidades essenciais. Esse é o início, é o elemento indispensável à consecução do Estado Democrático de Direito.

Em última análise, o serviço público é prestado para o público e deve atender o interesse público e todos os princípios que lhe são inerentes. Se concedido, continua vinculado a isto, razão pela qual, é imperativa a adoção de soluções passíveis de garantir o acesso de todos aos serviços públicos concedidos.

Atribuir a universalização exclusivamente ao setor e recursos privados desestimula o interesse pelas concessões de serviço público. Os investimentos em universalização, ressalta Diogo R. Coutinho, devem partir do setor público em consórcio com o privado. Segundo o autor, no Brasil, deve-se balancear duas lógicas contrapostas: condições econômicas favoráveis para a exploração de serviço público mas com a contrapartida de realização de investimentos para ampliação das redes, segurança, atualização e continuidade dos serviços e razoabilidade tarifária.⁸¹⁶

O serviço público concedido deve ser prestado mediante tarifas módicas, é o que determinam os princípios constitucionais e a legislação ordinária. Se, mesmo adotadas tarifas módicas, ainda houver pessoas excluídas dos serviços por ausência de condições financeiras, independentemente destas, deve ser garantido e efetivado o acesso aos serviços públicos, por intermédio de tarifas inferiores ao custo da prestação ou integralmente subsidiadas.⁸¹⁷

⁸¹⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Op. cit.*, p. 69.

⁸¹⁷ O que vem sendo reconhecido pela jurisprudência, conforme se observa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITOS PASSADOS. INADIMPLENTO. PESSOA HUMILDE. NECESSIDADE DE PROVA. AUSÊNCIA. CORTE. POSSIBILIDADE. **A energia elétrica, assim como a água potável, é serviço público em que há o dever constitucional de ser prestado gratuitamente pelo Poder Público àqueles que não podem pagar por serem miseráveis e estarem desempregados, sendo que esse dever constitucional de prestar atende também ao princípio da dignidade da pessoa humana.** Todavia, deve haver nos autos prova escorreita destes fatos, não bastando a mera alegação da parte. AGRAVO DESPROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O DES. ROQUE.” (Agravo de Instrumento Nº

A Constituição da República, a partir de seus diversos dispositivos e de sua sistemática, confere direito fundamental de acesso aos serviços públicos. Desse modo, todas as medidas possíveis devem ser adotadas no intuito de respeitar este direito, valendo-se, inclusive, das previsões legislativas existentes; contudo, não se pode olvidar da característica associativa da concessão e, portanto, dos diversos direitos e interesses envolvidos e relacionados.

70016255960, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 27/09/2006). (grifou-se)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITOS VENCIDOS E VINCENDOS. INADIMPLEMENTO. PESSOA HUMILDE, DOENTE E QUE NECESSITA DO USO DE ENERGIA PARA MANTER-SE VIVA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O fornecimento de energia elétrica é dever da União (CF, art. 21, XII, `b'), cuja prestação pode ser delegada, mas respeitados os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado (CF, art. 175, IV). Tratando-se, a energia elétrica, de bem essencial, o princípio é o da continuidade sendo que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (CDC, art. 22). **A delegação é opção do Poder Concedente, mas a prestação é dever constitucional. Em face do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, o serviço, se for o caso, deve ser prestado aos pobres, humildes e doentes independentemente de pagamento.** Caso dos autos que apresenta peculiaridade consistente na necessidade da manutenção do fornecimento, pois o autor precisa ligar o aparelho BOLON à energia elétrica, sob pena de morte iminente. **Os pobres, humildes, doentes e desempregados não podem ser obrigados a viver sem energia elétrica porque não têm condições de pagar pelo fornecimento, o qual é dever constitucional do Poder Público. Serviço público essencial que se constitui como monopólio do Estado e não pode ser prestado somente àqueles que têm condições de pagar, com exclusão dos pobres e marginalizados.** O inadimplemento não autoriza o corte no fornecimento, pois tal representa exercício arbitrário das próprias razões, vedada a justiça privada pelo sistema jurídico pátrio, não podendo a credora utilizar-se da suspensão do fornecimento como meio coercitivo para o pagamento de débitos. Pr ecedentes. O Poder Público ou seus delegados não estão acima da lei e nem são juízes de seus próprios atos. AGRAVO DESPROVIDO, DE PLANO, COM BASE NO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (Agravado de Instrumento Nº 70018098004, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 20/12/2006). (grifou-se)

CONCLUSÕES

Ao longo do texto foram apresentadas algumas possíveis reflexões e conclusões parciais, de modo que, neste momento, não serão reproduzidos os conteúdos já abordados. A elaboração e a disposição do trabalho tiveram como objetivo propiciar raciocínios variados e aqueles que ora se apresentam. Como foi observado na introdução, não se pretende oferecer respostas concretas, mas conduzir o leitor a questionamentos e reflexões. Algumas indagações instigaram e nortearam a pesquisa, dentre elas, podem ser enumeradas: Será que os indivíduos, uma vez que têm o direito constitucionalmente garantido, acessam os serviços públicos? As necessidades atinentes aos serviços públicos são satisfeitas? Se o acesso não é propiciado, há desrespeito à dignidade da pessoa humana e não concretização de direitos fundamentais? A concessão de serviços públicos deve ser adotada quando? Ela permite a universalização ou a dificulta? Quando adotada a concessão, como universalizar os serviços públicos? Quais são os obstáculos ao acesso? As tarifas atuais de serviços públicos são módicas? Há outras medidas possíveis para se implementar a modicidade? Há alternativas de acesso para aqueles que não têm condições de pagar, até mesmo, tarifas módicas? Não tem o Estado o dever indisponível de oferecer, direta ou indiretamente, serviços públicos adequados, independentemente das condições financeiras dos usuários? Se o Estado não garante o acesso aos serviços públicos, está na contramão da tentativa de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais e sociais?

Do texto, extrai-se que a noção de serviço público é originalmente indeterminada. Assim, no decurso do tempo e nas diversas localidades, vem se adaptando aos contextos, razão pela qual aparenta, e muitas vezes se afirma, estar em constante “crise”. Observa-se, em verdade, a adaptação do instituto aos diversos cenários.

Ocorre que as transformações dos contextos jurídicos e econômicos foram profundas nos últimos anos, tanto por conta da ideologia neoliberal, dos avanços tecnológicos e científicos, como pela formação da União Européia.

A União Européia e o direito comunitário europeu mereceram abordagem mais detida pois, com vistas àquela realidade, tem se afirmado “a morte do serviço

público”. A formação do mercado comum europeu, mediante a inserção de diversos mecanismos de mercado e concorrência e, portanto, da quebra de monopólios estatais, conduziu à privatização material dos serviços públicos, ou seja, não apenas das estatais mas também da titularidade pública da atividade. Por conseguinte, o serviço público vem sendo “substituído” pelos serviços de interesse econômico geral e pelos serviços universais.

A referência àquele contexto mostrou-se necessária para evitar a tendência de realizar associações indevidas.⁸¹⁸ As conjunturas jurídica, social e econômica brasileiras são distintas. Aqui, em que pesem as adaptações, necessárias, do serviço público frente às novidades e transformações, verifica-se que os critérios tradicionais de identificação do instituto permanecem os mesmos. Desde a origem francesa do serviço público, especialmente representada pela doutrina de Léon Duguit e pela Escola do Serviço Público, a atividade envolve e tem como pressuposto material a satisfação das necessidades essenciais dos indivíduos, de modo a propiciar a solidariedade social. A titularidade da atividade, fundamentalmente, permanece pública diante da previsão do instituto na Constituição da República, diferencial este que confere a denominação “serviço público à brasileira”. Ainda, não obstante a prestação da atividade por particulares e alguma interferência do regime destes, o serviço público está sujeito a um regime prestacional próprio, eminentemente, de direito público.

Com base nesses pressupostos, uma vez que a titularidade dos serviços públicos permanece do Estado, infere-se a atualidade e a relevância da concessão de serviços públicos, pois o instituto permite o indispensável investimento da iniciativa privada, a desoneração do Estado e a prestação de serviços públicos adequados.

A concessão foi utilizada de modo mais incisivo durante um período, caiu em desuso em outro e vem sendo retomada, razão pela qual, em similaridade com o serviço público, é possível verificar o “ressurgimento” ou o “renascimento” do instituto e, até mesmo, uma “nova concessão de serviços públicos”. Percebe-se, sem dúvida, novos enfoques no sentido de considerá-la sob o aspecto da associação de interesses e de direitos dos diversos envolvidos na relação, ainda que

⁸¹⁸ Assim, quanto ao tema do serviço público na União Europeia, pretendeu-se apenas situar o pano de fundo de alguns questionamentos quanto ao serviço público e adaptações. Não se objetivou traçar maiores considerações ou críticas às formulações jurídicas lá realizadas.

indiretamente. Como decorrência, verifica-se que os serviços prestados pelo concessionário não o são por sua absoluta conta e risco uma vez que a concessão constitui um todo, no qual as expectativas estão correlacionadas. Assim, o risco exacerbado causado ao concessionário e o seu eventual insucesso prejudicam as demais partes. Todos os envolvidos visam a serviços públicos adequados.

Apesar de a concessão propiciar a prestação de serviços públicos adequados, ainda assim, há pessoas que não acessam esses serviços. Dentre as possíveis causas da ausência de fornecimento universal dos serviços foram identificadas: regulação insatisfatória; investimentos escassos e insuficientes em infra-estrutura para a ampliação das redes e da respectiva prestação e a ausência de modicidade tarifária e de condições financeiras dos usuários para o pagamento das tarifas que lhes possibilite efetivo acesso individual ao serviço.

Demonstrou-se que a problemática do acesso aos serviços públicos é incrementada e torna-se mais complexa por tratar-se de serviços concedidos, uma vez que à relação prestacional é agregado um particular, que presta a atividade, mas, em contraprestação, deve ser remunerado de modo adequado e justo e tem legítimos objetivos de auferir lucro. Além disso, a concessão produz a redistribuição de riquezas, pois a prestação do serviço tende a ser custeada apenas pelos seus usuários, de acordo com a utilização. Quando o serviço é prestado diretamente pelo Estado ou quando este contribui ainda que parcialmente à prestação indireta, é normal que a Sociedade, por intermédio dos impostos, custeie a prestação. Isso ocorre em geral mesmo com a cobrança de taxas ou tarifas, pois elas costumam ser mínimas. Destarte, a concessão desonera a Sociedade, mas condiciona o acesso ao serviço público ao pagamento de tarifas.

A exclusão, o não acesso e a ausência de universalização dos serviços públicos concedidos representam graves problemas. Inicialmente porque o instituto tem como função a satisfação das necessidades essenciais e, como lecionava Duguit, é indispensável à interdependência social e, por isso, é imposto aos governantes e ao Estado. Há interesse público na prestação adequada dos serviços, assim, a Administração não pode dele dispor, deve propiciar a sua prestação, inclusive porque a Constituição da República determina ao Estado o oferecimento de serviços públicos, de modo direto ou indireto.

Além disso, o acesso aos serviços públicos possibilita a manutenção da dignidade da pessoa humana, assim, permite viver com dignidade pois constitui o

mínimo existencial - núcleo da dignidade da pessoa humana - e promove a efetivação dos direitos fundamentais.

A universalização do acesso aos serviços públicos é uma medida de isonomia e um meio de cumprir e realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como da Ordem Econômica. A utilização do serviço público permite, assim, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais. Reconhece-se, inclusive, o direito fundamental ao acesso ao serviço público.

Frente, assim, à evidente necessidade de universalização vislumbraram-se, a par dos investimentos em infra-estrutura, medidas aptas a reduzir os valores das tarifas e a torná-las módicas, de modo a universalizar o acesso ao serviço, com especial relevo à utilização de receitas diversas, além das tarifas. Não obstante, diante da realidade econômica-social brasileira há pessoas que não têm condições de pagar mesmo tarifas módicas; portanto, fazem-se necessários outros modos tarifários a custos reduzidos – tarifas mínimas e sociais - ou a isenção para os usuários sem condições econômicas de acesso – tarifas subsidiadas.

Do que foi expandido, depreende-se que os serviços públicos não são prestados a todos, principalmente àqueles que mais necessitam. Há constante exclusão de acesso ao serviço público e, assim, negação à satisfação de necessidades essenciais atinentes ao mínimo existencial e à manutenção da vida com dignidade. Também se constata que as tarifas dos serviços públicos concedidos, de um modo geral, não são módicas, porém, foram identificados mecanismos remuneratórios, todos previstos e/ou albergados pela Constituição da República e por instrumentos legais que permitem a modicidade tarifária e, assim, devem ser adotados, de acordo com a peculiaridade de cada serviço.

Depreende-se a importância, para a universalização e para a prestação adequada de serviços, de instrumentos regulatórios precisos, que estabeleçam metas de universalização. Nesse sentido, destaca-se importância ao edital de licitação para concessão, ao instrumento de contrato e ao julgamento das propostas, eis que esses definem as condições de acesso.

Sabe-se que apenas a modicidade tarifária, embora seja condição do serviço adequado, não tem grande potencial universalizante. A universalização, no contexto brasileiro, requer tarifas mínimas, tarifas sociais e tarifas subsidiadas, ou seja, sem custo para alguns usuários. Os subsídios têm como relevante fonte de

financiamento a exploração pelo concessionário de atividades conexas ao serviço, mas se essas forem insuficientes ou inviáveis, por questão de distribuição de riquezas e solidariedade social, os ônus da universalização devem ser repartidos pela Sociedade.

Não se olvida, no tocante à universalização do acesso aos serviços públicos, da necessidade de outras medidas, de diversas ordens: políticas, econômicas, financeiras, sociais, jurídicas e até mesmo culturais, de modo que, muitas vezes, pode-se considerar que o intuito proposto é uma utopia. A universalização, certamente, pode ser de difícil solução material e, até mesmo, utópica, entretanto, a busca da efetivação do acesso aos serviços públicos concedidos deve ser incessante e perseverante e os obstáculos que se apresentam devem ser paulatinamente superados em prol da vida digna da pessoa humana. Neste sentido é apropriada a consideração feita por Boaventura de Sousa Santos: “Não é uma tarefa fácil nem é uma tarefa individual. Mas se é verdade que a paciência dos conceitos é grande, a paciência da utopia é infinita.”⁸¹⁹

A missão de buscar superar a exclusão, o não acesso, concerne, legitimamente, ao Direito, e aos operadores jurídicos, eis que ele se realiza para afirmar a vida e tem em si o papel e os mecanismos de transformação, principalmente no que se refere à efetivação da Constituição da República.

Ainda, como enfatiza Friedrich Müller, os juristas detêm papel normativo-institucional para provocar mutações de forma legal, legítima e pacífica. O lugar deles, nesta tirania da exclusão, é junto ao povo, este entendido como o povo dos generosos documentos constitucionais; a população, todas as pessoas, inclusive as excluídas.⁸²⁰

Devem os operadores jurídicos, a sociedade organizada e os políticos, conscientizar a todos, mesmo que a lentos passos, e trabalhar em prol da efetivação dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: a dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade livre, justa e

⁸¹⁹ O autor utiliza a frase quando defende o debate da transição paradigmática da modernidade e pós-modernidade na tentativa de operacionalizar alternativas de desenvolvimento societal, na obra: *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 346.

⁸²⁰ Os juristas podem questionar essa exclusão e quebrá-la tópicamente e exemplarmente mediante seus recursos (competências, procedimentos, instituições) – com possíveis efeitos retroativos contra a exclusão social, a longo prazo. (...) A resistência legal de juristas sinaliza da maneira mais eficaz que se pode imaginar em termos pacíficos: ela é a areia colocada na engrenagem de um sistema jurídico denunciado pela presença da inclusão/exclusão(...). MUELLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 100-101.

solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações.

Clèmerson Merlin Clève enfatiza que “O que temos na normativa constitucional não é uma promessa vã, uma promessa inútil. É, antes, a resposta normativa à realidade crua que nós conhecíamos e não tolerávamos, porque nós queríamos – e queremos – um mundo novo, sensivelmente diferente. Reside aqui a dimensão utópica e fundante da Constituição.”⁸²¹

Após as considerações traçadas e a reflexão propiciada, o desafio que se propõe é a ampliação do acesso aos serviços públicos concedidos, mediante revisão dos modelos e formulações tarifárias, a partir da inserção da racionalidade da supremacia da vida digna da pessoa concreta.

Assim, a pesquisa ora elaborada buscou a utilização do Direito para propiciar reflexões sobre o acesso e a remuneração do serviço público concedido com a proposta de efetivar institutos e mecanismos jurídicos no sentido de serem respeitadas necessidades universais e existenciais, diretamente relacionadas ao serviço público concedido, para a efetivação da garantia à vida digna da pessoa humana condizente com o Estado Democrático de Direito, o que a legitimou, justificou e atribuiu relevância para a sua produção, sob as óticas acadêmica, social, jurídica, econômica e política.

⁸²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 289-300, 2003. p. 292.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul. Consulta aos usuários voluntários sobre a qualidade dos serviços públicos delegados no RS/2005. Disponível em: http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/pesquisa_usuario_voluntario/2005/rel_energia_2005.pdf, p. 33 e 35. Acesso em: 25 fev. 2007.

_____. Consulta aos usuários voluntários sobre a qualidade dos serviços públicos delegados no RS/2005. Disponível em: http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/pesquisa_usuario_voluntario/2005/rel_sanea_2005.pdf, p. 31-32. Acesso em 25 fev. 2007.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v.3, n. 24, p. 1888-1890, fev. 2003.

_____. Validade de leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas. In: ANDRADE, Letícia Queiroz. (Org.) *Decisões e pareceres sobre pedágio*. São Paulo: ABCR, 2002. p. 97-108.

AMARO, Fernanda Pereira. O Serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 115-138, jan/mar., 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 233, p. 311-371, jul./set., 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Processo administrativo disciplinar*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. O Poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, out./dez. 2002.

_____. A Natureza contratual das concessões e permissões de serviço público, p. 58. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu-PR, 8 e 9 de junho de 2001.

BAGATIN, Andreia Cristina. A Natureza da cobrança pelo serviço prestado por concessionário de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 211-243, jul/set. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEDINELLI, Talita. Brasil tem mais TV em cores do que esgoto. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 19 mar. 2007, Reportagem. Disponível em:

<http://www.pnud.org.br/saneamento/reportagens/index.php?id01=2635&lay=san>.

Acesso em: 18 abr. 2007.

_____. PR cumpre meta, mas não universaliza luz. Programa Nacional das Nações Unidas – PNUD, 06 fev. 2007, Reportagem. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/energia/reportagens/index.php?id01=2576&lay=ene>. Acesso em: 18 abr. 2007.

BENEDICTO, Porto Neto. *Concessão de serviço público no regime da Lei 8987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERBARI, Mireille et. al. *Délégations de service public*. Paris: Litec, Libraire de la Cour de cassation, 2000.

BIANCHI, Alberto B. Una noción restringida del servicio público (aportes para sua quarta etapa). In: CASSAGNE, Juan Carlos. (Dir.) *Servicio público*. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 79-132.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 4.ed. t. 1. Buenos Aires: Libreria y Editorial "El Ateneo", 1947.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Concessão de serviços públicos*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *Parcerias público-privadas*. Curitiba: Juruá, 2005.

BLANCO, Alejandro Vergara. El Nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. In: CASSAGNE, Juan Carlos. (Dir.) *Servicio público*. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 41-62.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Transformações nos serviços públicos e a prestação por particulares. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviços públicos: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. (no prelo)

_____. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) *Serviço público*. Curitiba, Juruá, 2005, p. 45-80.

BRÉCHON-MOULÈNES, Christine. *La Concession de service public face au droit communautaire*. Paris: Sirey, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. A privatização das empresas estatais à luz da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 125-133, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3.ed., vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CARVALHO, Leandro Saboia Rinaldi. Receitas alternativas, complementares e acessórias. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 683-691.

CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 12.ed. t.1. Paris: Montchrestien, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. *Le Service public*. Paris: PUF, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 289-300, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

COMADIRA, Julio Rodolfo. Las nociones contemporáneas del servicio público y sua regulación por las agencias. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 13, p. 71-96.

COMBLIN, José. *O Neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século*. 2.e.d. Petrópolis: Vozes, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COSSALTER, Philippe. A private finance initiative, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n.6, p. 127-180, abr/jun., 2004.

COSTALDELLO, Angela Cassia. O Regime jurídico dos agentes públicos e a emenda constitucional nº 19/98, *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 3, p. 48-69, 1999.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A Universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65-86.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. As Agências reguladoras brasileiras e a crise energética. In: _____. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DALLARI, Adilson de Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 211-215, 1996.

DELGADO, José Augusto. Evolução e características do contrato de concessão. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu, 8 e 9 de junho de 2001.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Eduardo Rocha. A Cobrança pela outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n.6, p. 43-66, abr/jun. 2004.

DUARTE, Moacyr Servilha. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu, 8 e 9 de junho de 2001.

DUGUIT, Léon. *L'Etat le droit objectif et la loi positive*. Paris: Dalloz, 2003.

_____. *Les Transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

_____. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 12.ed. Paris: Fontemoing, 1911.

DUPAS, Gilberto. A América Latina e o novo jogo global. In: _____. (Coord.) *América Latina no início do século XXI: perspectivas econômicas, sociais e políticas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer e Fundação Editora da UNESP, 2005.

_____. OLIVEIRA, Fábio Villares de. Uma visão estrutural da dinâmica econômica da América Latina. In: DUPAS, Gilberto. (Coord.) *América Latina no início do século XXI: perspectivas econômicas, sociais e políticas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer e Fundação Editora da UNESP, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Editorial Barcelona S.A, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Eduardo-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1990.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Las transformaciones del derecho administrativo a resultas de las privatizaciones. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra - Studia Iuridica*, Coimbra, 60, Colloquia 7, p. 331-344, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Tarifas módicas – serviços de qualidade: conceitos jurídicos indeterminados? *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, p. 53-59, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de Direitos Fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 11, p. 141-165, jan./fev./mar. 2003.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. Noción y elementos del servicio público. In: AGUIRRE, Marta González (Coord.). *Los servicios públicos: régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 1-21.

GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital. (Org.) *Estudos de regulação pública – I*. Coimbra: Coimbra, 2004.

GORDILLO, Agustín. *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 3.ed. t. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Procedimento e função regulatória de serviços públicos no Estado pós-social. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 11, p. 65-75, jan./fev./mar. 2003.

HELLER, Agnes. *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1996.

HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

IBGE. Síntese dos indicadores sociais 2005. www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2005/indic_sociais2005.pdf, p.155-172. Acesso em: 16 fev. 2007.

_____. Síntese dos indicadores sociais 2006. www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2006/indic_sociais2006.pdf, p. 133-151. Acesso em: 16 fev. 2007.

INFANTE, Alan. Estudo sugere que África reestatize energia. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 26 fev. 2007, Reportagem. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/odm/reportagens/index.php?id01=2614&lay=odm>. Acesso em: 18 abr. 2007.

IVANEGA, Miriam Mabel. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos: la experiencia argentina*. Caracas: Editorial Sherwood, 2006.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. II. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. As Diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 95-136, jan/mar. 2003.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

LIMA, Vivian Cristina. *Administração pública contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, 2004.

LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. et al. *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996.

LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martinez. Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” em la perspectiva del derecho comunitário: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra - Studia Iuridica*, Coimbra, 60, Colloquia 7, p. 249-278, 2001.

MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos especiais nas concessões de serviços públicos: exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n.7, p. 97-107, jul/set. 2004.

MALERBI, Diva Prestes Marcondes. O Equilíbrio econômico e financeiro no contrato de concessão. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu, 8 e 9 de junho de 2001.

MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “Telefone Social”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 4, n.14, p. 75-115, abr/jun., 2006.

_____. A Nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr/jun., 2002.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. t. II. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MATA, Ismael. Las Facultades tarifarias del Estado. In: CASSAGNE, Juan Carlos. (Dir.) *Servicio público*. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 273-284.

MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 4.ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. (Coord.) *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coord.). *Direito do estado*. Novos rumos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Obra pública a custo zero. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.3, p. 32-41, 1993.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2.ed. São Paulo: RT, 1979.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*. 2.ed. Paris: PUF, 1997.

MODERNE, Franck. La idea de servicio público en el derecho europeo: nuevas perspectivas. In: CASSAGNE, Juan Carlos. (Dir.) *Servicio público*. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 7-24.

MOOR, Fernanda Stracke. *O Regime de delegação da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (Parte I: 1930-1956). *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n.6, p. 67-96, abr/jun., 2004.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.1, p. 227-248, jan-mar, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O Pêndulo brasileiro. In:_____. *Agências reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003. p. 1-46.

_____. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações*. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2003.

MÜELLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 159-189.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 329-351.

OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: FIPE/USP, 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Direito e economia: fundamentos do direito administrativo econômico*. Palestra proferida na Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, em 07 de abr. de 2006. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_palestras.php?idPalestra=16. Acesso em: 02 out. 2006.

PECI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. A outra face da regulação: o cidadão-usuário de serviços públicos no novo modelo regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.3, p. 9-31, jul-set., 2003.

PEREIRA, Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/projetos/energia/>. Acesso em: 18 abr. 2007.

_____. Relatório do Desenvolvimento Humano 2006. Disponível em: www.pnud.org.br/rdh/. Acesso em: 18 abr. 2007.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/9: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1999.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. Saraiva: São Paulo, 1999.

_____. O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, p. 24-49, 1999.

RODRÍGUEZ- ARANA, Jaime. La Vuelta al derecho administrativo (a vueltas com lo privado y lo publico). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, p. 11-39, abr/jun., 2005.

ROJAS, Francisco José Villar. Privatización de grandes servicios públicos. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra - Studia Iuridica*, Coimbra, 60, Colloquia 7, p. 207-222, 2001.

SACRISTÁN, Estela B. Sistemas tarifários. In: CASSAGNE, Juan Carlos. (Dir.) *Servicio público*. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 235-271.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: _____. (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-43.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

SALOMONI, Jorge L.; BACELLAR FILHO, Romeu F.; SESIN, Domingo J. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VI, 30, p. 77-97, mar./abr. 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. Serviço público à brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

_____. Os Indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.) *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 74-110.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. Serviço Público: conceito, classificação e limites à gestão empresarial. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 393-448.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. A Nova lei de concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 201, p. 29-34, jul/set. 1995.

_____. O Retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 202, p. 1-10, out/dez., 1995.

_____. *Temas de direito público: (estudos e pareceres)*. vol. 2 Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TÔRRES, Heleno Taveira. Contribuição ao FUST e a interconexão de redes – solidariedade tributária no serviço público universal. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VI, 30, p. 101-125, mar./abr. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

URRUTIGOITY, Javier. Retribución en los servicios públicos. In: AGUIRRE, Marta González. (Coord.). *Los Servicios públicos: régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 63-117.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgard (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIGEVANI, Tulio e OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. América Latina: vulnerabilidade social e instabilidade democrática. In: DUPAS, Gilberto. (Coord.) *América Latina no início do século XXI: perspectivas econômicas, sociais e políticas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer e Fundação Editora da UNESP, 2005.

WALD, Arnaldo. *Pareceres: direito das concessões*. 3 v. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

_____. O controle judicial das concessões. Anais do Seminário Jurídico “*Concessões de Serviços Públicos*”, Foz do Iguaçu, 8 e 9 de junho de 2001.

_____.; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M.. *O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WALTENBERG, Davi A. M. O Direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 352-377.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. O Princípio da generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. In: SOUTO, Marcos Jurueña Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.) *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 493-516.